

**KOMMT DEM BESONDEREN GEWALTVERHÄLTNIS
IM VERGLEICH ZUM
ALLGEMEINEN GEWALTVERHÄLTNIS
NOCH EIGENSTÄNDIGE BEDEUTUNG ZU?
– EINE VERFASSUNGSRECHTLICHE STUDIE**

Leonhard Riegel

1975



Digitized by the Internet Archive
in 2026

KOMMT DEM BESONDEREN GEWALTVERHÄLTNIS IM VERGLEICH
ZUM ALLGEMEINEN GEWALTVERHÄLTNIS NOCH EIGENSTÄNDIGE
BEDEUTUNG ZU? - EINE VERFASSUNGSRECHTLICHE STUDIE.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Leonhard Riegel

1975



Referent: Universitätsdozent Dr. Randelzhofer

Korreferent: Professor Dr. von Campenhausen

Tag der mündlichen Prüfung:

17. Juli 1975

G l i e d e r u n g :

	Seite
1. Kapitel	
A. <u>Vorbemerkung</u>	1
1. BRD als Rechtsstaat.	1
2. Grundprinzipien des Rechtsstaates:	3
a) Geltung der Grundrechte, Art. 1 - 19 GG.	3
b) Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG.	4
c) Justiziabilität der Hoheitsakte, Art. 19 Abs. 4 GG.	6
3. Allgemeines ("aG") und besonderes Gewaltverhältnis ("bG").	7
B. <u>Problemstellung</u>	9
1. Terminologische Unrichtigkeit des Begriffes "bG"?	10
2. Sachliche Berechtigung des Instituts "bG"?	12
a) Definition des Begriffes "bG".	12
b) Geltung verfassungsrechtlicher Prinzipien innerhalb des "bGes".	13
C. <u>Entstehung und Entwicklung des "bGes"</u>	15
D. <u>Begriff und Wesen des "bGes" im Meinungsstreit</u>	18
1. Übersicht:	18
a) Personale Prägung.	18
b) Ausstattung mit Disziplinargewalt.	19
c) Erweiterung des Pflichtenkreises.	19
d) Blankettgewalt.	20
e) Verschärfte Abhängigkeit.	20
f) Eingliederung in die Verwaltung.	21
g) Abgegrenzter Adressatenkreis.	21
h) Differenzierung zwischen tatsächlicher und rechtlicher Natur.	21
2. Kritik.	23
E. <u>Eigene Begriffsbildung</u>	24
1. Methodische Darlegung.	24
2. Struktur der einzelnen "bGe":	26
a) Gruppe.	26
b) Formelle Gruppe.	27
c) Primärgruppe - Sekundärgruppe.	28
d) Zweckorientierung.	29

	Seite
e) Personenkreis.	33
f) Dauer der Zugehörigkeit.	33
g) Zwang - Freiwilligkeit.	33
h) Kontakt nach außen.	34
i) Charakteristik der sozialen Beziehungen innerhalb der "bGe".	36
<u>Ergebnis.</u>	39

2. Kapitel

F. Vorbehalt des Gesetzes im "bG"	40
1. Entstehung des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes.	40
2. Rechtsregelungen im "bG":	43
a) Gegenwärtiger Meinungsstand:	43
aa) Traditionelle Lehre vom Außen- und Innenverhältnis.	43
bb) Grenzziehung innerhalb des "bGes".	48
cc) Rechtscharakter aller Regelungen im "bG".	54
b) Stellungnahme:	60
aa) Rechtsstaatlichkeit.	62
bb) Sozialstaatlichkeit.	64
cc) Demokratiegebot.	66
3. Originäre Rechtsetzungsgewalt der Exekutive im "bG"	67
Stellungnahme: a) Wortlaut.	73
b) Entstehungsgeschichte.	74
c) Geschichtlicher Hintergrund.	74
d) Sinn und Zweck des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes.	76
4. Notwendigkeit einer Ermächtigungsgrundlage.	84
a) Hausgut der Verwaltung.	84
b) Hausrecht.	85
c) Analogie zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen im bürgerlichen Recht.	91
d) Anstaltspolizeigewalt.	92
e) Gewohnheitsrecht.	95
f) Zweck des "bGes".	101
g) Natur der Sache.	104
h) Verfassungsrechtliche Institutionalisierung.	106
i) Einwilligung.	113

5. Umfang und Inhalt der Ermächtigungsgrundlage:	119
a) Funktionsfähigkeit der "bGe".	119
b) Übergangslösung.	123
<u>Ergebnis.</u>	125

3. Kapitel

G. <u>Die Grundrechte im "bG"</u>	126
1. Geschichtliche Entwicklung.	126
2. Grundrechtsgeltung im allgemeinen.	129
3. Generelle Geltung der Grundrechte im "bG".	129
4. Grundrechtseinschränkungen im allgemeinen:	136
a) Grundsätzliche Betrachtung.	136
b) Formelle Voraussetzungen der Grundrechtsbeschränkbarkeit.	137
c) Materielle Einschränkung von Grundrechten.	138
d) Immanente Schranken der Grundrechte.	141
5. Einschränkung der Grundrechte im "bG":	143
a) Gewohnheitsrechtliche Grundlage.	144
b) Zweck des "bGes".	146
c) Natur der Sache.	148
d) Konstruktion von Klein.	150
e) Verfassungsrechtliche Institutionalisierung.	153
f) Grundrechtsverzicht:	163
aa) Genereller Verzicht;	163
bb) Ausübungsverzicht;	166
cc) Verzicht im Rahmen der Vorbehaltsschranken.	171
g) Treueverhältnis im "bG":	171
aa) Beschränkung auf Beamten- und Wehrverhältnis;	171
bb) Treuepflicht gegenüber einer Person;	172
cc) Treuebindung an die Verfassung.	173
6. Absolute Gleichstellung von "bG" und "aG".	175
7. Bindung an das allgemeine Einschränkungssystem im "bG":	176
a) Formelle Voraussetzungen der Grundrechtsbeschränkbarkeit.	177
b) Materielle Einschränkung von Grundrechten.	178
c) Immanente Schranken der Grundrechte.	181
d) Mehrbeeinträchtigung der Grundrechtssphäre im "bG".	186
e) Übergangslösung.	187
<u>Ergebnis.</u>	187

4. Kapitel

H. <u>Rechtsschutz im "bG"</u>	188
1. Geschichtliche Entwicklung des Rechtsschutzes im "bG" bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes.	188
2. Grundsätzliche Geltung des Art. 19 Abs. 4 GG im "bG".	191
3. Partielle Geltung des Art. 19 Abs. 4 GG im "bG":	197
a) Übersicht über die vertretenen Ansichten:	197
aa) Aufgliederung des "bGes" in Grund- und Betriebsverhältnis;	197
bb) Rechtsverletzung als Maßstab;	200
cc) Schutzwürdigkeit als maßgebliches Kriterium.	202
b) Kritik.	203
4. Vollständige Geltung des Art. 19 Abs. 4 GG im "bG":	206
a) Rechtsschutzbedürfnis als Korrektiv.	206
b) Eingrenzung des Rechtsschutzes über den Begriff "eigene Rechte" in Art. 19 Abs. 4 GG.	208
c) Uneingeschränkte Rechtsschutzgewährung im "bG".	209
d) Stellungnahme und eigene Lösung:	209
aa) Verfassungsrechtliche Notwendigkeit uneingeschränkten Rechtsschutzes im "bG";	209
bb) Rechtswegersatz;	215
cc) Funktionsfähigkeit der Verwaltung und Gerichte:	217
d) Lösungsweg;	217
e) Überlastung der Gerichte;	220
f) Beeinträchtigung der Verwaltung.	222
<u>Ergebnis.</u>	224
<u>Gesamtergebnis:</u>	224
1. Kritik an der Terminologie "bG".	224
2. Mangelnde sachliche Berechtigung des Instituts "bG".	225
3. Abschaffung der Begriffe "bG" und "aG".	228

Abkürzungsverzeichnis:

a.A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
AdR	Annalen des Deutschen Reiches
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten v. 1. 6. 1794
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayerBZ	Bayerische Beamtenzeitung
BayerVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVerf	Bayerische Verfassung
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band
BDH	Bundesdisziplinarhof
BDHE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesdisziplinarhofs
Beschl.	Beschluß
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bl.f.GK	Blätter für Gefängniskunde
BRRG	Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtensrechts
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
DBG	Deutsches Beamtengesetz
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
Diss.	juristische Dissertation

d.h.	das heißt
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DöD	Der Öffentliche Dienst
DÜV	Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DV	Deutsche Verwaltung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
DVollzO	Dienst- und Vollzugsordnung
Einl.	Einleitung
f.	folgende Seite
ff.	folgende Seiten
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fußn.	Fußnote
GG	Grundgesetz
GVB1	Gesetzes- und Verordnungsblatt
Halbbd.	Halbband
HbdDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
Hs	Halbsatz
i.S.	im Sinne
i.e.S.	im engeren Sinne
i.w.S.	im weiteren Sinne
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
JVB1	Justizverwaltungsblatt
JZ	Juristenzeitung
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
Ls.	Leitsatz
LVG	Landesverwaltungsgericht
Komm.	Kommentar
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MRVO 165	Militärregierungs-Verordnung Nr. 165
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N.F.	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
Pr. OVG	Preussisches Oberverwaltungsgericht

RGBl	Reichsgesetzblatt
RGStE	Ämtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZE	Ämtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RdJ	Recht der Jugend, Zeitschrift
Rdnr.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
R-St	Recht und Staat in Geschichte und Gegen- wart. Eine Sammlung von Vorträgen und Schriften aus dem Gebiet der gesamten Staatswissenschaften
R-St-W	Recht-Staat-Wirtschaft, Auswahl aus den Vorlesungen und Vorträgen des Verwal- tungslehrganges Nordrhein-Westfalens
S.	Seite
Urt.	Urteil
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
u.a.	und andere
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
VerwArch	Verwaltungsarchiv, Zeitschrift
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutsch- land
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WA	Westdeutsche Arbeitsrechtsprechung, Zeitschrift
WPflG	Wehrpflichtgesetz
WRV	Weimarer Reichsverfassung
z.B.	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZStrW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechts- wissenschaft
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswis- senschaft
zust.	zustimmend

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s :

Autoren, die mit einem Buch aufgeführt sind, werden nur mit Namen zitiert.

A b e l G u n t h e r

Die Bedeutung der Lehre von der Einrichtungsgarantie für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes, in Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 15, Berlin 1964

A b e l e i n M a n f r e d

Rechtsstaat und besonderes Gewaltverhältnis, in ZfPol 1967, S. 313 ff.

A c h t e r b e r g N o r b e r t

Grundzüge des Parlamentsrechts, München 1971 (zit. Grundzüge)

- Kriterien des Gesetzesbegriffs unter dem Grundgesetz, in DÖV 1973, S. 289 ff.

A l t e n h a i n G u s t a v A d o l f

Die Rechtsprechung der Strafsenate zum Rechtsschutz im Strafvollzug, in JVB1 1961, S. 173 ff. und 1962, S. 196 ff.

- Die Rechtsprechung der Strafsenate zum Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte auf dem Gebiet des Strafrechts, in DRiZ 41 (1963), S. 8 ff.
- Die strafgerichtliche Rechtsprechung zum Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte, in JZ 1966, S. 16 ff.
- Ist vor der gerichtlichen Anfechtung von Strafvollzugsmaßnahmen der Beschwerdeweg nach der Strafvollzugsordnung einzuhalten? in JVB1 1962, S. 55 ff.

A n d e r s M i c h e l

Die Minute hat 1000 Sekunden, Der Strafvollzug in Theorie und Praxis, Stuttgart 1969

A n d e r s e n P a u l

Ungültige Verwaltungsakte, Mannheim-Berlin-Leipzig 1927

A n s c h ü t z G e r h a r d

Artikel "Gesetz" in Stengel-Fleischmann, Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, 2. Auflage, Band 2 G - N, S. 212 ff., Tübingen 1913 (zit. Artikel)

- Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Ordnungsrechtes nach dem preußischen Staatsrecht, 2. Auflage, Tübingen-Leipzig 1901 (zit. Theorien)
- Die Verfassung des deutschen Reiches v. 11. 8. 1919, Kommentar, 14. Auflage, Berlin 1933 (zit. Verfassung)
- Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat, Band I, Berlin 1912 (zit. Verfassungsurkunde)

- A n s c h ü t z G e r h a r d / T h o m a R i c h a r d
Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2 Bände, Tübingen 1930
und 1932 (zit. HbDStR I, II)
- A p e l t W i l l i b a l t
Geschichte der Weimarer Verfassung, München 1946 (zit. Geschichte)
- Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Leipzig 1920 (zit. Vertrag)
- A r e n t z G ü n t e r
Der Rechtscharakter des Art. 19 Absatz 4 des Grundgesetzes,
Diss. Köln 1963 (zit. Diss.)
- A r n d t A d o l f
Das nicht erfüllte Grundgesetz, in R-St, Heft 224, Tübingen
1960 (zit. Arndt A.)
- A r n d t C l a u s
Die Bundesrepublik als sozialer Rechtsstaat, in Neue Gesell-
schaft, Heft 5, Bielefeld 1958 (zit. Arndt C.)
- A r n d t G o t t f r i e d
Die Verfassungstreupflicht im öffentlichen Dienstrecht und das
Grundgesetz, in DÖV 1970, S. 584 ff.
- A r n o l d H e i n r i c h
Die Nutzung der freien, öffentlichen Wohltätigkeitsanstalt,
Diss. Leipzig 1933 (zit. Diss.)
- A u e r t M a r i o n
Die Generalklausel im öffentlichen Recht, Diss. Köln 1968
(zit. Diss.)
- B a c h G r e g o r
Briefzensur und unfreiwillige Subordination, in NJW 1963,
S. 1763 f.
- B a c h m a n n A r t u r
Das Anstaltsverhältnis bei der Deutschen Bundesbahn, Diss.
Würzburg 1960 (zit. Diss.)
- B a c h o f O t t o
Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung, in Verfassung
und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit, Festschrift für
Laforet, München 1952, S. 285 ff. (zit. VA)
- Rechtsnatur, zulässiger Inhalt und gerichtliche Anfechtung
von Friedhofsordnungen, in AöR 78 (1952), S. 82 ff.
- Der Rechtsweg für Ansprüche aus dem Beamtenverhältnis, in
DÖV 1951, S. 477 ff.
- Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. Der soziale
Rechtsstaat in verwaltungsrechtlicher Sicht, in VVDStRL 12,
(1954), S. 37 ff.

- Freiheit des Berufs, in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band III, 1. Halbband, S. 155 ff. (zit. Freiheit)
- Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen 1951 (zit. verwaltungsgerichtl. Klage)
- Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE 1 - 3), in JZ 1957, S. 334 ff.
- Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Tübingen 1963 (zit. Verfassungsrecht)
- Anmerkung zum Urteil des BVerwG v. 27. 6. 1955, in JZ 1956, S. 357
- Diskussionsbeitrag, in VVDStRL 15 (1956), S. 204 f.
- Der Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, gelöste und ungelöste Probleme, in DÖV 1953, S. 417 ff.
- Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum Ermessen und zum Beurteilungsspielraum, in JZ 1972, S. 641 ff.
- Nachwort zum Aufsatz von Bettermann (AöR 86, S. 129 ff.), in AöR 86 (1961), S. 186 ff.
- Diskussionsbeitrag, in VVDStRL 24 (1966), S. 224 ff. und 285

B a d u r a P e t e r

Das Verwaltungsmonopol, Berlin 1963 (zit. VerwMonopol)

- Auftrag und Grenzen der Verwaltung im sozialen Rechtsstaat, in DÖV 1968, S. 446 ff.
- Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, Tübingen 1966 (zit. Verwaltungsrecht)

B a e d e k e r H a n s J ü r g e n

Die Organisationsgewalt im Bund und der Vorbehalt des Gesetzes, Diss. Köln 1969 (zit. Diss.)

B ä h r O t t o

Der Rechtsstaat, 1864; Neudruck Aalen 1961

B a l l e r s t e d t K u r t

Zur Frage der Rechtsform gemeindlicher Wirtschaftsunternehmen, in DÖV 1951, S. 449 ff.

B a n k B e r n h a r d

Zur Einschränkung der Grundrechte im Beamtenverhältnis, in ZBR 1963, S. 227 ff.

B a r i n g M a r t i n

Die Abordnung, in DVBl 1952, S. 389 ff.

B a r t e l s p e r g e r R i c h a r d

Die Bauleitplanung als Reservat des Verwaltungsstaates, in DVBl 1967, S. 360 ff.

B a r z e l R a i n e r

Der Mensch als Hoheitsträger, in DÖV 1951, S. 337 ff.

B a u e r H o r s t

Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie, in Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 214, Berlin 1973 (zit. Bauer)

B a u m a n n J ü r g e n

Die Dienst- und Vollzugsordnung vom 1. 12. 1961, in MSchrKrim 1964, S. 57 ff. .

B e c k e r E r i c h

Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, in DVBl 1956, S. 87 f.

- Wandlungen der öffentlichen Verwaltung im Hinblick auf Gesetzgebung und Rechtsprechung, in Wandlungen der rechtsstaatlichen Verwaltung, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 13 (1962), S. 17 ff. (zit. Wandlungen)
- Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, in VVDStRL 14 (1956), S. 96 ff.

B e c k e r H . J .

Schule und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in ZBR 1960, S. 175 ff.

B e i e r W a l t e r

Die rechtliche Stellung des Gefangenen, Diss. Hamburg 1950 (zit. Diss.)

B e l l s t e d t C h r i s t o p h

Bedürfen Subventionen gesetzlicher Grundlage? in DÖV 1961, S. 161 ff.

B e n d e r B e r n d

Allgemeines Verwaltungsrecht, Freiburg 1956

B e n d e r B e r n d - F ü r s t W a l t e r

Grundzüge des Verwaltungs- und Verfassungsrechts, 1. und 2. Hauptteil, Freiburg 1956 (zit. Bender-Fürst)

B e n z W i n f r i e d

Beamtenverhältnis und Arbeitsverhältnis, in Arbeits- und sozialrechtliche Studien, Heft 11, Stuttgart 1969

B e r g W i l f r i e d

Soldateneid und Gelöbnis - ohne Funktion? in ZRP 1971, S. 79 ff.

B e r g s t r ä s s e r u . a .

Von den Grundrechten des Soldaten, Eine Arbeitstagung des Deutschen Bundes für Bürgerrechte, Freiburg 1957 (zit. Bergsträsser)

B e r i c h t

Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee v. 10. bis 23. 8. 1948, München 1948 (zit. Bericht)

B e t t e r m a n n K a r l A u g u s t

Verwaltungsgerichtliche Generalklausel, Ordentlicher Rechtsweg und nichtiger Verwaltungsakt, in MDR 1949, S. 398 ff.

- Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte von Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Band III, 2. Halbband, Berlin 1959 (zit. Grundrechte)
- Diskussionsbeitrag, in VVDStRL 15 (1957), S. 214 ff.
- Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und zum Rechtsschutz des Bürgers gegen Rechtssetzungsakte der öffentlichen Gewalt, in AöR 86 (1961), S. 129 ff.

B e r k h a n K a r l W i l h e l m

Soldat in der Demokratie, in: Soldaten der Demokratie, hrsg. v. Pöggeler Franz und Wien Otto, Frankfurt a.M. 1973, S. 13 ff.

B i e r l i n g E r n s t R u d o l f

Juristische Prinzipienlehre, Band II, Neudruck Aalen 1961

B i g l e r R o l f R .

Der einsame Soldat, 3. Auflage, Frauenfeld 1963

B i n z G e r h a r d L .

Wehrsoziologie, in: Wehrwissenschaftliche Rundschau, 11. Jhg., Berlin-Frankfurt a.M. 1961, S. 485 ff.

B l a u G u n t e r

Recht und Unrecht beim Straf- und Maßregelvollzug, in GA 1959, S. 141 ff.

B l u n t s c h l i J o h a n n C a s p a r

Deutsche Staatslehre und die heutige Staatenwelt, 2. Auflage, Nördlingen 1880

B o c h a l l i A l f r e d

Bundesbeamtengesetz, Kommentar, 2. Auflage, München-Berlin 1958

B o c k e l m a n n P a u l

Einführung in das Recht, München 1963

B ö c k e n f ö r d e E r n s t - W o l f g a n g

Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, in Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 18, Berlin 1964 (zit. Organisationsgewalt)

- Gesetz und gesetzgebende Gewalt, in Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 1, Berlin 1958 (zit. Gesetz)

B ö c k e n f ö r d e E . - W . / G r a w e r t R o l f

Sonderverordnungen zur Regelung besonderer Gewaltverhältnisse, in AöR 95 (1970), S. 1 ff.

B o e h m V o l k e r

Die Meinungsfreiheit der Erwachsenen, geistig oder seelisch nicht abartigen Strafgefangenen, Diss. Bonn 1968 (zit. Diss.)

B o e h m e r G u s t a v

Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Band I, Tübingen 1950

B ö h m F r a n z

Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat, in Grundsatzfragen der Wirtschaftsordnung, hrsg. von der Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Fakultät der Freien Universität Berlin, Berlin 1954

B ö t t c h e r R e i n h a r d

Die politische Treupflicht der Beamten und Soldaten und die Grundrechte der Kommunikation, Diss. München 1966, in Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 46, Berlin 1967 (zit. Diss.)

B o g s W a l t e r

Die Entwicklung verfassungsrechtlicher Normen auf das Recht der sozialen Sicherheit, in Verhandlungen des 43. DJT, Band II, Teil G, München 1962, S. 5 ff.

B o n n e r K o m m e n t a r

Kommentar zum Bonner Grundgesetz, hrsg. von Abraham H.J., Bühler O. etc., Hamburg 1950 ff. (zit. Bonn. Komm.)

B o r c h H e r b e r t v .

Obrigkeit und Widerstand, Zur Politischen Soziologie des Beamtentums, Tübingen 1954

B o r n h a k C o n r a d

Preußisches Staatsrecht, 3 Bände, 2. Auflage, Breslau 1911 - 1914 (zit. Staatsrecht)

- Grundriß des Deutschen Staatsrechts, 6. Auflage, Leipzig-Erlangen 1921 (zit. Grundriß)

B r e c h t , M e s t e r n u . a .

Neues Beamtentum, Beiträge zur Neuordnung des öffentl. Dienstes, hrsg. vom Institut zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten, Frankfurt a.M. 1951 (zit. Brecht u.a.)

B r e i t i n g e r B e r n d

Die staatsrechtliche Stellung der Angehörigen der Bundeswehr, unter Berücksichtigung ihres Statusrechts, Diss. Würzburg 1967 (zit. Diss.)

B r e p o h l W i l h e l m

Das Heerwesen - kultursoziologisch gesehen, in soziale Welt, Zeitschrift für Wissenschaft und Praxis des sozialen Lebens, Band 4, Dortmund 1953, S. 317 ff.

B r o h m W i n f r i e d

Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, Stuttgart 1969 (zit. Strukturen)

- Verwaltungsvorschriften und besonderes Gewaltverhältnis, in DÜV 1964, S. 236 ff.

B r ü g g e m a n n D i e t e r

Die rechtsprechende Gewalt, Berlin 1962

B ü h l e r O t t m a r

Steuerecht I, Wiesbaden 1951 (zit. Steuerrecht)

- Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Berlin 1914 (zit. subj. öffentl. Rechte)
- Grundlagen des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, in R-St-W, Stuttgart-Köln 1949, S. 104 ff. (zit. Grundlagen)

B ü h l W a l t e r L .

Schulreform, Daten, Fakten, Analysen, München 1971

B ü s c h O t t o

Militärwesen und Sozialleben im alten Preußen 1713 - 1807, Die Anfänge der sozialen Militarisierung der preußisch-deutschen Gesellschaft, Berlin 1962

B u l l i n g e r M a r t i n

Vertrag und Verwaltungsakt, Stuttgart 1962

B u m k e E r w i n

Deutsches Gefängniswesen, Berlin 1928

B u n g a r d t

Grundrechte und Beamtenrecht, in Allgemeine Deutsche Lehrerzeitung, 1952 Nr. 21

d e C l e r c k H a n s

Die Aktivlegitimation im Verwaltungsstreitverfahren, in DÖV 1951, S. 150 ff.

C o i n g H e l m u t

Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1950

C o r n e l i u s J o a c h i m / G e s t e r H e i n z /
W o s c h e c h F r a n z

Die Meinungsfreiheit der Beamten, Köln 1964 (zit. Cornelius-Gester-Woschech)

C u n i s R e i m a r

Zur Soziologie des Militärs, in Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, 12. Jhg., 1967, S. 325 ff. (zit. Soziologie)

- Das Militär in der Demokratie. Zur soziologischen Theorie der Wehrverfassungen, Tübingen 1968 (zit. Wehrverf.)

C z e r m a k F r i t z

Was ist Verwaltungsermessen? in DÖV 1966, S. 750 ff.

- Zur Lehre vom gerichtsfreien Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden, in JuS 1966, S. 399 ff.
- Anmerkung zum Urteil des VG Wiesbaden v. 20. 6. 1963, in NJW 1964, S. 939

D a h m G e o r g

Deutsches Recht, Stuttgart-Köln 1951

D a m e R o l f

Das Verhältnis der Grundrechte zu den besonderen Gewaltverhältnissen nach dem deutschen und französischen Staats- und Verwaltungsrecht, Diss. Köln 1965 (zit. Diss.)

D a r m s t a e d t e r F r i e d r i c h

Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaates, Heidelberg 1930, Neudruck Aalen 1971 (zit. Grenzen)

- Der Wohlfahrtsstaat und das soziale Grundrecht, in Festschrift für Emge, Wiesbaden 1960, S. 12 ff. (zit. Emge-F.)

D e n n e w i t z B o d o

Die Verfassungen der modernen Staaten, Band 1 - 4, Hamburg 1947 - 49

D e n n i n g e r E r h a r d C .

Zum Begriff des "Wesensgehalts" in der Rechtsprechung (Art. 19 II GG), in DÖV 1960, S. 812 ff.

D e p e n b r o c k J o h a n n e s

Erwachsenenstrafvollzug, Diss. Bonn 1960 (zit. Diss.)

- Zur rechtlichen Bedeutung der neuen Dienst- und Vollzugsordnungen im Strafvollzug, in NJW 1963, S. 89 ff.

D e y e r l e r G e o r g

Soziale Schichtung und schulische Leistung, in Zeitschrift des Bayerischen Statistischen Landesamtes, München 1936, S. 115 ff.

D i e t z e G o t t f r i e d

Rechtsstaat und Staatsrecht, in Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag, Tübingen 1966, S. 17 ff.

D o r m a c k K l a u s J ü r g e n

Das Streikrecht und die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Eingriffen und Beschränkungen, Diss. Köln 1961 (zit. Diss.)

D o n l e H a n s - L u d w i g - E r n s t

Zur Problematik der besonderen Gewaltverhältnisse unter Berücksichtigung vor allem der Einschränkung der Grundrechten, Diss. Würzburg 1960 (zit. Diss.)

D o w i e W o l f g a n g

Grundrechte, Pflichtenkreis und Privatsphäre im militärischen Statusverhältnis unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung der Wehrdienstsenate, Diss. Freiburg 1971 (zit. Diss.)

D r e r u p H e i n r i c h

Die Grenzen der Gehorsamspflicht des Beamten, Diss. Münster 1929 (zit. Diss.)

D r e w s G e r h a r d / W a c k e B i l l

Allgemeines Polizeirecht, 7. Auflage, Berlin-Köln-München-Bonn
1961 (zit. Drews-Wacke)

D ü r i g G ü n t e r

Bericht über die Staatsrechtslehrertagung 1957, in JZ 1958,
S. 100 f.

- Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, in AöR 81 (1956),
S. 117 ff.
- Art. 2 GG und die polizeiliche Generalermächtigung, in AöR 79
(1953), S. 57 ff.
- Das Eigentum als Menschenrecht, in ZStW Band 109 (1953).
S. 326 ff.
- Die Verwirkung von Grundrechten nach Art. 18 GG, in JZ 1952,
S. 13 ff.
- Anmerkung zum Urteil des OVG Hamburg v. 23. 9. 1960, in JZ 1961,
S. 166 f.
- Anmerkung zum Urteil des BVerfG v. 16. 1. 1957, in JZ 1957,
S. 169 ff.

D ü t z W i l h e l m

Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, Berlin-Zü-
rich 1970

D u r k h e i m E m i l e

Erziehung und Soziologie, Düsseldorf 1972

E b e r t K u r t

Das Recht des öffentlichen Dienstes, Berlin 1965

E c k h a r d t E r n s t

Die Grundrechte vom Wiener Kongreß bis zur Gegenwart, Breslau
1913

E h r i g H a n s U l r i c h

Kommentar zum Hessischen Beamtengegesetz, Wiesbaden-Mainz 1956
(zit. Komm.)

E h m k e H o r s t

"Staat" und "Gesellschaft" als verfassungstheoretisches Problem,
in Festgabe für Smend, Tübingen 1962, S. 23 ff. (zit. Staat)

- Grenzen der Verfassungsänderung, Berlin 1953 (zit. Verfassungs-
änderung)
- Wirtschaft und Verfassung, Karlsruhe 1961 (zit. Wirtschaft)
- "Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungs-
recht, Tübingen 1960 (zit. Ermessen)
- Diskussionsbeitrag, in VVDStRL 23 (1966), S. 257 f., 276 f.

E h r e n b e r g V i c t o r

Commendation und Huldigung nach fränkischem Recht, Weimar 1877

Ellwein Thomas

Das Erbe der Monarchie in der deutschen Staatskrise,
München 1954

Engisch Karl

Einführung in das juristische Denken, 2. Auflage, Stuttgart 1959
(zit. Einführung).

- Der rechtsfreie Raum, in ZStW Band 108 (1952), S. 385 ff.

Erhardt Manfred

Die Befehls- und Kommandogewalt, in Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 95, Berlin 1969

Erichsen Hans-Uwe

Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in
VerwArch 63 (1972), S. 441 ff.

- Besonderes Gewaltverhältnis und Sonderverordnung, in Festschrift
für Hans J. Wolff, München 1973, S. 237 ff. (zit. Wolff-F.)

Ermacora Felix

Das besondere Gewaltverhältnis in der österreichischen Rechts-
ordnung, in DÖV 1956, S. 529 ff.

- Die Organisationsgewalt, in VVDStRL 16 (1957), S. 191 ff.

Ernst Richard

Die Vereins- und Versammlungsfreiheit der Beamten, Diss.
Tübingen 1930 (zit. Diss.)

Ernst Werner

Der Verzicht auf subjektive öffentliche Rechte, Lippstadt/Westf.
1933 (zit. Verzicht)

Espig Ludwig

Die rechtliche Stellung des Strafgefangenen, Diss. Leipzig 1933
(zit. Diss.)

Evers Hans-Ulrich

Verwaltung und Schule, in VVDStRL 23 (1966), S. 147 ff.

- Zur Unantastbarkeit des Prinzips möglichst lückenlosen Rechts-
schutzes, Art. 19 Abs. IV, 79 III GG (Rechtsgutachten), Bad
Homburg v.d.H.-Berlin-Zürich 1969 (zit. Rechtsgutachten)

- Das besondere Gewaltverhältnis, Frankfurt 1972 (zit. Gewaltverh.)

- Anmerkung zum Urteil des BVerfG v. 9. 2. 1966, in DVBl 1966,
S. 602

Fechner Erich

Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, Tübingen 1953
(zit. Freiheit)

- Kostenrisiko und Rechtswegsperrung - steht der Rechtsweg offen?
in JZ 1969, S. 348 ff.

Feindt Erich

Die Rechtsnatur beamtenrechtlicher Ausbildungs- und Prüfungs-
ordnungen, in DÖV 1973, S. 768 ff.

F e n g e W e r n e r

Die Stellung der Beamten gegenüber staatsfeindlichen und revolutionären Parteien, Diss. Würzburg 1932 (zit. Diss.)

F i c h t e r J o s e p h H .

Grundbegriff der Soziologie, Wien-NewYork 1968

F i s c h b a c h G e o r g - O s k a r

Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, in DVBl 1951, S. 93 ff.

- Bemerkungen zum Regierungsentwurf eines Bundesbeamtengesetzes, in DÖV 1952, S. 193 ff.
- Deutsches Beamtengesetz und Bundespersonalgesetz, 2 Bände, Detmold-München 1951 (zit. Beamtengesetz)
- Zur Neugestaltung des Beamtenrechts, in DÖV 1951, S. 453 ff.
- Bundesbeamtengesetz, 3. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 1964 (zit. BBG)

F l e i n e r F r i t z

Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 1. Auflage und 8. Auflage, Tübingen 1911 und 1928 (zit. Fleiner Inst. (1) und (2))

F l o e c k - G r a d e n w i t z E r i k

Strafvollzug, Behandlung und Resozialisierung, in NJW 1964, S. 2194 ff.

F ö r s t e r H a n s - C h r i s t o f

Die Überprüfung pädagogischer Maßnahmen durch die Verwaltungsgerichte, Diss. Köln 1961 (zit. Diss.)

F o r s t h o f f E r n s t

Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band I, Allg. Teil, 10. Auflage, München 1973 (zit. Lehrb.)

- Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in VVDStRL 12 (1953), S. 8 ff.
- Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt 1968 (zit. Rechtsstaatlichkeit)
- Buchbesprechung, in NJW 1966, S. 874
- Verfassungsrechtliche Prolegomena zu Art. 33 V GG, in DÖV 1951, S. 460 ff.
- Anmerkung zum Urteil des BVerfG v. 24. 10. 1956, in DVBl 1957, S. 724 ff.
- Verfassungsprobleme des Sozialstaats, Münster 1954 (zit. Verfassungsprobleme)

F r a n k J o h a n n

Anstaltspolizei und Anstaltsgewalt, Diss. Göttingen 1959 (zit. Diss.)

F r a n k K a r l

Freiheitsbegriff und Pflichtgedanke, in Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft Berlin, Heft 2 (1960), S. 93 ff.

F r e u d e n b e r g e r G e o r g

Beiträge zur Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis im öffentlichen Recht, in AdR, München 1931, S. 163 ff. (zit. Beiträge)

F r e u d e n t h a l B e r t h o l d

Strafrecht und Strafvollzug im modernen Rechtsstaat, in ZStrW 39 (1918), S. 439 ff.

- Der Strafvollzug als Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechts, in ZStrW 32 (1911), S. 222 ff.

F r i a u f K a r l H e i n r i c h

Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt - OVG Lüneburg, VerwRspr 12 Nr. 6, in JuS 1962, S. 422 ff.

- Bemerkungen zur verfassungsrechtlichen Problematik des Subventionswesens, in DVBl 1966, S. 729 ff.

F r i e d e b u r g L u d w i g v .

Zum Verhältnis von Militär und Gesellschaft in der Bundesrepublik, in Studien zur politischen und gesellschaftlichen Situation der Bundeswehr, 2. Folge, hrsg. von Picht Georg, Witten-Berlin 1966, S. 10 ff.

F r i e ß K n u t

Der Verzicht auf Grundrechte, Diss. Würzburg 1968 (zit. Diss.)

F r i e s e n h a h n E r n s t

Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht nach dem Bonner GG, in DV 1949, S. 478 ff.

- Der politische Eid, Bonn 1928 (zit. Eid)
- Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts, in R-St-W, Band II (1950), S. 239 ff.

F r o m o n t M i c h e l

Rechtsschutz gegenüber der Verwaltung in Deutschland, Frankreich und den Europäischen Gemeinschaften, Köln 1967

F r o s c h E r n s t

Inwieweit gelten die Grundrechte der deutschen Reichsverfassung v. 11. 8. 1919 bei Strafgefangenen? Diss. Frankfurt 1934 (zit. Diss.)

F r o t s c h e r W e r n e r

Rechtsschutz nur gegen Verwaltungsakte? in DÖV 1971, S. 259 ff.

F r ü h l i n g W a l t e r

Das Hausrecht öffentlicher Einrichtungen, Diss. Göttingen 1959 (zit. Diss.)

F u c h s W e r n e r / K l i m a R o l f u . a .

Lexikon zur Soziologie, Opladen 1973 (zit. Fuchs)

F ü r s t e n b e r g F r i e d r i c h

Soziologie, Hauptfragen und Grundbegriffe, Berlin-NewYork 1971

F u ß E r n s t - W e r n e r

Verwaltung und Schule, in VVDStRL 23 (1966), S. 199 ff.

- Personale Kontaktverhältnisse zwischen Verwaltung und Bürger, in DÖV 1972, S. 765 ff.

G a l l w a s H a n s - U l l r i c h

Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, in Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 126, Berlin 1970

G a r e i s K a r l

Allgemeines Staatsrecht, in Handbuch des öffentlichen Rechts, Band I, 1. Halbband, Allg. Teil, Freiburg-Tübingen 1883

G e i g e r W i l l i

Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, Kommentar, Berlin-Frankfurt a.M. 1952 (zit. Komm.)

G e i p e l R o b e r t

Sozialräumliche Strukturen des Bildungswesens, Frankfurt 1965

G e i t m a n n R o l a n d

Bundesverfassungsgericht und "offene" Normen. Zur Bindung des Gesetzgebers an Bestimmtheitserfordernisse, Berlin 1971

G e l l e r G r e g o r / K l e i n r a h m K u r t

Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, Göttingen 1950 (zit. Geller-Kleinrahm)

G e r b e r C a r l F r i e d r i c h v .

Grundzüge des Deutschen Staatsrechts, 3. Auflage, Leipzig 1880 (zit. Grundzüge)

- Über öffentliche Rechte, Tübingen 1852 (zit. Rechte)

G e r b e r H a n s

Freiheitsentziehung und Art. 104 GG, in DÖV 1952, S. 387 ff.

- Die Sozialstaatsklausel des GGes, in AöR 81 (1956), S. 1 ff.
- Vom Begriff und Wesen des Beamtentums, in AöR 57 (1931), S. 6 ff.
- Dienstherr des Beamten, in DÖV 1951, S. 472 ff.

G e r n e r t E l m a r

Die Problematik der besonderen Gewaltverhältnisse des öffentlichen Rechts, Diss. Erlangen 1954 (zit. Diss.)

G i a c o m e t t i Z a c c a r i a

Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Band I, Zürich 1960

G i e s e F r i e d r i c h

Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Tübingen 1952 (zit. VerwR)

- Die Grundrechte, Tübingen 1905 (zit. Grundrechte)

G i l l n e r K a r l

Voraussetzungen und Umfang der Pflicht des Beamten zur Auskunftserteilung gegenüber seinem Dienstvorgesetzten, in Staats- und Kommunalverwaltung (Fachzeitschrift), Braunschweig 1960, S. 267 ff.

G n e i s t R u d o l f v .

Die nationale Rechtsidee, Berlin 1894

G o e s s l e r H a n s

Der Dualismus zwischen Volk und Regierung im Denken der vormärzlichen Liberalen in Baden und Württemberg, Diss. Tübingen 1932 (zit. Diss.)

G ö t z V o l k m a r

Hauptprobleme des verwaltungsrechtlichen Vertrages, in JuS 1970, S. 1 ff.

G ö t z l H e r m a n n

Die Einschränkung der Grundrechte der freien Meinungsäußerung durch das Beamtenverhältnis, Diss. Erlangen-Nürnberg 1961 (zit. Diss.)

G o f f m a n n E r v i n g

On the characteristics of total institutions: The inmate world in Cressey (hrsg.), 1961, S. 15 ff.

G r a b e n d o r f f W a l t e r

Nochmals: Das Recht des Beamten auf Mitgliedschaft und Tätigkeit in einer demokratischen Partei, in ZBR 1956, S. 139 ff.

G r a u l H a n s - J o a c h i m

Der Strafvollzugsbau einst und heute, Düsseldorf 1965

G r e w e W i l h e l m

Rechtsgutachten über die Verfassungs- und Rechtmäßigkeit des Beschlusses der BReg v. 19. 9. 1950 über die politische Betätigung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes gegen die demokratische Grundordnung, in: Die politische Treuepflicht der Angehörigen des öffentlichen Dienstes, hrsg. v. Deutschen Bund für Bürgerrecht, Frankfurt a.M. 1951, S. 35 ff.

G r ö p l E r h a r d

Gesetzesfreie Verwaltung und Grundgesetz, in BayVBl 1962, S. 193 ff.

G r o s s R o l f

Die Rechtsqualität der Sonderverordnungen für besondere Gewaltverhältnisse und der Organisationsbestimmungen, in NJW 1969, S. 2186 f.

- Zur originären Rechtsetzung der Exekutive, in DÖV 1971, S. 186 ff.

G r o s s k r e u z P e t e r

Normwidersprüche im Verfassungsrecht, Köln-München 1966

Grünhut Max

Rechtliche Garantien im Strafvollzug, in Fede-Grünhut; Reform des Strafvollzuges, Berlin 1927, S. 17 ff.

Grube Harald

Zum Begriff des besonderen Gewaltverhältnisses im öffentlichen Recht, Diss. Kiel 1957 (zit. Diss.)

Grunau Theodor

Die Beteiligung des Richters an Entscheidungen im Vollzug nach ausländischem Recht, in Mat. Band 8, 1. Teil, Bonn (Justizministerium) 1959, S. 475 ff. (zit. Beteiligung)

- Rechtsstaatliche Kontrolle des Strafvollzugs, in ZStrW 70 (1958), S. 501 ff.

Habermas Jürgen

Strukturwandel der Öffentlichkeit, Neuwied 1962

Häberle Peter

Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, 2. Auflage, in Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftlichen Abhandlungen, Band 21, Karlsruhe 1972

- Grundrechte im Leistungsstaat, in VVDStRL 30 (1972), S. 43 ff.

Haenel Albert

Deutsches Staatsrecht, Leipzig 1892 (zit. StR)

- Das Gesetz im formellen und materiellen Sinn, Leipzig 1888 (zit. Gesetz)

Hamann Andreas

Die Bindung der staatlichen Organisationsgewalt an die Gesetzgebung, in NJW 1956, S. 1 ff.

- Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, Neuwied-Berlin-Darmstadt 1958 (zit. WirtVerfR)
- Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23. Mai 1949, 2. Auflage, Neuwied-Berlin 1961 (zit. Komm.)

Hamann Andreas / Lenz Helmut

Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23. Mai 1949, 3. Auflage, Neuwied-Berlin 1970 (zit. Hamann-Lenz)

Hamel Walter

Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, Berlin 1957

Hammer W.

Residenzpflicht und Grundrecht, in ZBR 1953, S. 216 ff.

Haneld Fritz

Zur Frage der Geburtenbeschränkung und Lebenshaltung in Beamtenfamilien, Berlin 1916

H a n s W i l h e l m

Zur Kontrolle beleidigender Petitionen, in JVBl 1963, S. 126 ff.

H a r b o r d t S t e f f e n

Die Subkultur der Gefängnisse, Stuttgart 1967

H a r n i s c h f e g e r H o r s t

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grundrechten, Diss., in Schriften des Europa-Kollegs Hamburg, Band I, Hamburg 1966 (zit. Diss.)

H a r t u n g F r i t z

Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte, 2. Auflage, Göttingen-Berlin 1954 (zit. Entwicklung)

- Deutsche Verfassungsgeschichte, 8. Auflage, Stuttgart 1950 (zit. Verfassungsgeschichte)
- Die Entwicklung der konstitutionellen Monarchie in Europa, in Volk und Staat in der deutschen Geschichte, Gesammelte Abhandlungen, Leipzig 1948, S. 183 ff. (zit. Monarchie)

H a r t w i c h H a n s - H e r m a n n

Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo, Köln 1970

H a t s c h e k J u l i u s

Deutsches und Preußisches Staatsrecht, Berlin 1922

H e c k e l H a n s

Gegenwartsprobleme des Schulrechts und der Schulverwaltung, in DVBl 1957, S. 482 ff.

- Wehrverfassung und Wehrrecht des Großdeutschen Reiches, 1. Teil, Hamburg 1939 (zit. Wehrverfassung)
- Die Grenzen der Schulgewalt, in RdJ 1954, S. 3 ff.
- Die Bedeutung der Verwaltungsrechtsprechung für die Entwicklung des deutschen Schulrechts, in DÖV 1963, S. 442 ff.

H e c k e l H a n s / S e i p p P a u l

Schulrechtskunde, 4. Auflage, Neuwied-Berlin 1969 (zit. Heckel-Seipp)

H e g e l H e r m a n n

Zur Verpflichtungs- und zur Leistungsklage in der VwGO, in DÖV 1965, S. 413 ff.

H e i n t z P e t e r

Soziologie in der Schule, in Sonderheft 4 der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 6. Auflage, 1969

H e l l e r H e r m a n n

Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, in VVDStRL 4 (1928), S. 98 ff.

H e n e c k e F r a n k

Staat und Unterricht, in Schriften zum Öffentlichen Recht,
Band 179, Berlin 1972

H e r i n g E u g e n

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Schulrecht, in DÖV 1968, S. 94 ff.

H e r r f a h r d t H e i n r i c h

Tragweite der Generalklausel in Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, in VVDStRL 8 (1950), S. 126 ff.

H e r z f e l d e r F e l i x

Gewalt und Recht, München 1890

H e r z o g R o m a n

Das Grundrecht auf Freiheit in der Europäischen Menschenrechtskonvention, in AöR 86 (1961), S. 194 ff.

- Grundrechtsbeschränkungen nach dem Grundgesetz und Europäische Menschenrechtskonvention, Diss. München 1958 (zit. Diss.)

H e s s d ö r f e r L u d w i g

Der Rechtsstaat, München 1961

H e s s e K o n r a d

Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in Festgabe für Rudolf Smend, Tübingen 1962, S. 71 ff. (zit. Rechtsstaat)

- Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat, in VVDStRL 17 (1959), S. 11 ff.
- Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, in AöR 77 (1951), S. 167 ff.
- Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 7. Auflage, Karlsruhe 1974 (zit. Grundzüge)

v o n d e r H e y d t e A u g u s t F r e i h e r r

Art. "Gewaltenteilung", in Staatslexikon, Recht-Wirtschaft-Gesellschaft, 6. Auflage, Band III, Freiburg 1959, Sp. 896 ff.

H e y l a n d C a r l

Zur Auslegung des Art. 33 V GG des Bonner Grundgesetzes, in DÖV 1951, S. 462 ff.

- Deutsches Beamtenrecht, Berlin 1938 (zit. Beamtenrecht)
- Das Berufsbeamtentum im neuen demokratischen Staat, Berlin 1949 (zit. Berufsbeamtentum)
- Anmerkung zum Urteil des OLG Frankfurt v. 28. 7. 1949, in DÖV 1950, S. 86 f.

H o e g n e r W i l h e l m

Lehrbuch des bayerischen Verfassungsrechts, München 1949 (zit. Lb)

Hildebrandt Horst

Die deutschen Verfassungen des 19. und 20. Jahrhunderts,
4. Auflage, Paderborn 1950

Hippel Eike v.

Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, in Schriften zum
Öffentlichen Recht, Band 19, Berlin 1965

Höhn Ernst

Gewohnheitsrecht im Verwaltungsrecht, Bern 1960

Hoffmann Heinrich

Die Rechtsschutzbehauptung im Verwaltungsprozeß, in VerwArch
53 (1962), S. 297 ff.

Hoffmann Willy

Untersuchungen zum Recht der öffentlichen Anstalten, Diss.
Erlangen 1934 (zit. Diss.)

Hofstätter Peter Robert / Tack
Werner H.

Das Bild des Beamten in der Öffentlichkeit, Bad Godesberg 1963
(zit. Hofstätter-Tack)

Holland Ralf

Religionsneutralität des Staates und dienstliche Morgenandachten
an Staatsschulen - BVerfG DVBl 1970, 629, in JuS 1971, S. 632 ff.

- Verwaltungsrechtsschutz im Schulverhältnis, in DVBl 1968,
S. 245 ff.
- Die Leistungsklage im Verwaltungsprozeß, in DÖV 1965, S. 413 ff.

Holtzendorff-Köhler

Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Band IV, München 1914

Hoppensack Christoph

Über die Strafanstalt und ihre Wirkungen auf Einstellungen
und Verhalten von Gefangenen, Göttingen 1969

Huber Ernst Rudolf

Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht II. Teil, in
DÖV 1956, S. 135 ff.

- Wirtschaftsverwaltungsrecht I und II, 2. Auflage, Tübingen 1953
(zit. WirtVerwR I und II)
- Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Band I, II und III,
Stuttgart 1957, 1960 und 1963 (zit. Verfassungsgeschichte)
- Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesell-
schaft, in Schriftenreihe der Verwaltungs- und Wirtschaftsaka-
demie Oldenburg, 1962, Heft 1 (zit. Sozialstaat)

Huber Konrad

Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz, Berlin 1963 (zit. Huber K.)

Hueck Alfred

Der Treuegedanke des modernen Privatrechts, München 1957

Hüfner Karl

Petitionsrecht, in Nipperdey Hans Carl: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Band II, Berlin 1930, S. 176 ff.

Hufnagel Franz

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen und britischen Zone, Berlin-München 1950

van Husen Paul

Gibt es in der Verwaltungsgerichtsbarkeit justizfreie Regierungsakte? in DVBl 1953, S. 70 ff.

Imboden Max

Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, Basel-Stuttgart 1962

Ipsen Hans Peter

Öffentliche Subventionierung Privater, in DVBl 1956, S. 461 ff., 498 ff. und 602 ff.

- Verwaltung durch Subvention, in VVDStRL 25 (1967), S. 257 ff.
- Diskussionsbeiträge, in VVDStRL 15 (1956), S. 200 ff. und in VVDStRL 16 (1957), S. 257 ff.
- 50 Jahre deutsche Staatsrechtswissenschaft im Spiegel der Verhandlungen der Deutschen Staatsrechtslehrer, Band II, Die Verhandlungen von 1949 (Heidelberg) - 1971 (Regensburg), in AöR 97 (1972), S. 375 ff.

Isensee Josef

Der Beamte zwischen Parteifreiheit und Verfassungstreue, in JuS 1973, S. 265 ff.

Jacobi Erwin

Die Rechtsverordnungen, in Anschütz-Thoma HbDDStR II, S. 236 ff. (zit. RechtsVOen)

- Die Verwaltungsverordnungen, in Anschütz-Thoma HbDDStR II, S. 255 ff. (zit. VerwVOen)
- Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927 (zit. Grundlehren)

Jacobi Ludwig

Die Rechtsstellung der Strafgefangenen in Deutschland, in ZStrW 50 (1930), S. 376 ff.

Jäckel Hartmut

Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung. Eine rechtsdogmatische Studie zu Art. 19 Abs. 2 GG, in Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 42, Berlin 1967

Jaeger Henry

Die bestrafte Zeit, München 1964 (zit. Jaeger H.)

Jaeger Richard

Der Staatsbürger in Uniform, in Festschrift für Apelt, München-Berlin 1958, S. 121 ff. (zit. Jaeger R.)

Jänke Günter

Verwaltungsvorschriften im Steuerrecht, Band 3 der Schriftenreihe des Instituts für Steuerrecht der Universität zu Köln, Köln 1959

Jäger Hugo de / M'ok Albert Louis

Grundlegung der Soziologie, Köln 1972 (zit. Jäger)

Jäger Hermann

Mensch und Staat, Köln-Berlin 1957 (zit. Mensch)

- Das "Wesen" des Rechtsprechens als Argument des BVerfG in einer sehr umstrittenen Entscheidung, in Festschrift für Heinrich Lehmann, Band 1, Berlin 1956, S. 62 ff. (zit. Wesen)

Jecht Hans

Die öffentliche Anstalt, Wandlungen und gegenwärtige Struktur, in Schriften zum öffentlichen Recht, Band 16, Berlin 1963

Jelline Brigitte

Der Sonderstatus des Beamten in der parlamentarischen Demokratie, Diss. Hamburg 1962 (zit. Diss.)

Jellinek Walter

Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Berlin-Wien 1931 (zit. VerwR)

- Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen Zone, in DRiZ 1948, S. 269 ff.
- Buchbesprechung, in DVBl 1952, S. 707
- Buchbesprechung, in DÖV 1950, S. 288
- Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage, 6. Neudruck Darmstadt 1959 (zit. Allg. Staatslehre)
- Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, Tübingen 1913 (zit. Gesetzesanwendung)
- Dienstverhältnis, in VVDStRL 6 (1929), S. 149

Jellinek Georg

Lehren der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Auflage, Tübingen 1905 (zit. Jellinek)

- Gesetz und Verfassung, Freiburg 1907 (zit. Gesetz)

Jellinek Georg Franz

Das methodische Prinzip der 13'-er Urteile des Bundesverfassungsgerichts, in NWV 1954, S. 980 ff.

- Der Staat der öffentlichen Anstalt, in Deutsches Verwaltungsrecht, hrsg. von Franz Jellinek, München 1937, S. 282 ff. (zit. Jellinek)

J e s c h D i e t r i c h

Zulässigkeit gesetzestretender Verwaltungsverordnungen?
in AöR 84 (1959), S. 74 ff.

- Gesetz und Verwaltung. Eine Problemstudie zum Wandel der Gesetzmäßigkeit, Tübingen 1961 (zit. Gesetz)
- Urteilsbesprechung zu BFHE 67, 374, in JZ 1960, S. 282 ff.
- Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, in AöR 82 (1957), S. 163 ff.

J e z l e r C h r i s t o p h

Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung insbesondere im Bund, Diss. Zürich 1967 (zit. Diss.)

J o u h y E r n e s t

Schülerexistenz zwischen rezeptivem Konformismus und rebellierender Produktivität, in Schüler, Lehrer, Eltern. Der Mensch in der Schule, hrsg. von Seidelmann Karl, Hannover-Berlin-Darmstadt-Dortmund 1970

J ü s g e n W e r n e r

Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums als Grundlage der Beamtengesetzgebung, in DÖV 1951, S. 474 ff.

J u n c k e r W o l f g a n g

Ist die Institution des Berufsbeamtentums durch die Rechtsentwicklung gefährdet? in ZBR 1967, S. 65 ff.

J u n g J ö r g

Die Zweispurigkeit des Öffentlichen Dienstes, München 1970, Diss., in Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 138, Berlin 1971 (zit. Diss.)

K a b i s c h D i e t e r

Prüfung formeller Gesetze im Bereich der Exekutive, Berlin 1967

K ä g i O s k a r W e r n e r

Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips, Diss. Zürich 1937 (zit. Diss.)

K a h n P a u l

Das besondere Gewaltverhältnis im öffentlichen Recht, Diss. Baden-Baden 1912, auch abgedruckt in GA 1970, S. 65 ff. (zit. Diss.)

K a l i s c h W e r n e r

Grundrechte und Berufsbeamtentum nach dem Bonner GG, in AöR 78 (1952/53), S. 334 ff.

K a r s c h F r i e d e r u n C h r i s t a

Demokratie und Gewaltenteilung, Diss. Marburg 1972 (zit. Diss.)

K a r s t H e i n z

Das Bild des Soldaten, Boppard 1964

K a u f m a n n E r i c h

Rechtsgutachten zum Vertrag über die Gründung der europäischen Verteidigungsgrmeinschaft und zum Deutschlandvertrag, in Kampf und den Wehrbeitrag, München 1952, Band II, S. 61 ff. (zit. Rechtsgutachten)

- Die Übertragung rechtssetzender Gewalt im Rechtsstaat, Band 12 der Wissenschaftlichen Schriftenreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten e.V., Frankfurt 1952 (zit. Übertragung)
- Artikel "Verwaltung, Verwaltungsrecht", in Stengel-Fleischmann, Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, Band III, 2. Auflage, Tübingen 1911 - 14, S. 688 ff. (zit. Artikel)
- Diskussionsbeitrag, in VVDStRL 2 (1925), S. 114 ff.

K e l l n e r H u g o

Zum gerichtlichen Rechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, in DÖV 1963, S. 419 ff.

- Neue Erkenntnis zum sog. Beurteilungsspielraum? in DÖV 1972, S. 801 ff.
- Einiges zum behördlichen Ermessen, in DÖV 1969, S. 309 ff.

K e l s e n H a n s

Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925 (zit. Allg. Staatslehre)

- Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz, 2. Auflage, Tübingen 1923 (zit. Hauptprobleme)

K e m p f E b e r h a r d

Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis - BVerfG NJW 1972, 811, in JuS 1972, S. 701 ff.

K e r n E d u a r d

Schutz des Lebens, der Freiheit und des Heimes, in Die Grundrechte, hrsg. von Neumann-Nipperdey-Scheuner, 2. Band, S. 51 ff. (zit. Kern)

K e r n E r n s t

Die Wählbarkeit von Bundesbeamten nach geltendem Bundesbeamtenrecht, in DÖV 1953, S. 107 ff.

K e r s t e n W e r n e r

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone im neuesten Gewande, in NJW 1949, S. 208 ff.

K i e c k e b u s c h K l a u s

Die Briefzensur, in ZStrVO 1963, S. 361 ff.

K i p p H e i n r i c h

Die Menschenrechte in Geschichte und Philosophie, in Die Menschenrechte in christlicher Sicht, Freiburg 1953, S. 19 ff.

K i r c h n e r E r i c h

Die Grenzen der Beteiligung eines Beamten am politischen Leben, Diss. Breslau 1933 (zit. Diss.)

K l e i n F r i e d r i c h

Verordnungsermächtigungen nach deutschem Verfassungsrecht, in Die Übertragung rechtssetzender Gewalt im Rechtsstaat, Band 12 der wissenschaftlichen Schriftenreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten, Frankfurt 1952, S. 79 ff. (zit. Übertragung)

- Tragweite der Generalklausel in Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, in VVDStRL 8 (1950), S. 67 ff.
- Die rechtsstaatliche Demokratie, Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat, in ZStW Bd. 106 (1950), S. 390 ff.

K l e i n H a n s

Rechtsqualität und Rechtswirkung von Verwaltungsnormen, in Festgabe für Ernst Forsthoff, München 1967, S. 163 ff. (zit. Rechtsqualität)

K l e i n e r t U l f r i d

Strafvollzug, Analysen und Alternativen, München 1972

K l e i s e r P e t e r .

Der Vorbehalt des Gesetzes nach dem Bonner Grundgesetz, Diss. Heidelberg 1963 (zit. Diss.)

K l e m i c h E r n s t

Die Rechtsbeziehungen der Strafhaft zu Leben und Gesundheit der Gefangenen, Diss. Leipzig 1931 (zit. Diss.)

K l i n g e r H a n s

Die Verordnung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, Göttingen 1950

K l o e p f e r M i c h a e l

Grundrechte als Entstehungssicherung und Bestandsschutz, Diss. München 1970, in Band 13 der Münchener Universitätsschriften, Reihe der Juristischen Fakultät (zit. Diss.)

K n e m e y e r F r a n z - L u d w i g

Öffentlich-rechtliches Hausrecht und Ordnungsgewalt, in DÖV 1970, S. 596 ff.

K n i e s W o l f g a n g

Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, Diss. München 1967 (zit. Diss.)

K n o k e T h o m a s

Betriebliche Organisationsgewalt in Räumlichkeiten des Verwaltungsvermögens, in AöR 94 (1969), S. 388 ff.

K ö h l G e r h a r d

Zur Frage des Besonderen Gewaltverhältnisses, in ZBR 1957, S. 121 ff.

K ö h l G u i d o

Die besonderen Gewaltverhältnisse im öffentlichen Recht, Diss. Zürich 1955 (zit. Diss.)

K ö h l e r L u d w i g v .

Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts, Stuttgart-Berlin 1935

K o e l l r e u t t e r O t t o

Staatslehre im Umriß, Göttingen 1955 (zit. Staatslehre)

- Politische Treupflicht und Berufsbeamtentum, in DÖV 1951, S. 467 ff.
- Deutsches Staatsrecht, Stuttgart-Köln 1953 (zit. StR)

K ö n i g R e n é

Beiträge zur Militärsoziologie, in Sonderheft 12 der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Köln 1968

K ö t t g e n A r n o l d

Deutsche Verwaltung, 3. Auflage, Berlin 1944 (zit. Verw)

- Gemeindliches Satzungsrecht und Grundgesetz, in DVBl 1955, S. 445 ff.
- Deutsches Universitätsrecht, Tübingen 1933 (zit. UniR)
- Beamtenrecht, Breslau 1929 (zit. Beamtr)
- Die Organisationsgewalt, in VVDStRL 16 (1957), S. 154 ff.
- Grundgesetz und Beamtenrecht, in R-St-W, Band 4, Düsseldorf 1953, S. 227 ff.
- Subventionen als Mittel der Verwaltung, in DVBl 1953, S. 465 ff.
- Fondsverwaltung in der Bundesrepublik, Stuttgart 1965 (zit. FondsVerw)
- Art. 114 und 115 Freiheitsschutz und Wohnungsschutz in ihrem Verhältnis zu Gesetzgebung und Verwaltung, in Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Band I, hrsg. von Nipperdey, Berlin 1929 (zit. Freiheitsschutz)
- Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie, Berlin-Leipzig 1928 (zit. Berufsbeamtentum)
- Zum Entwurf eines Bundesbeamtengesetzes, in DVBl 1951, S. 651 ff.
- Die Meinungsfreiheit des Soldaten, in von den Grundrechten des Soldaten, hrsg. v. Bergsträsser, München 1957, S. 47 ff. (zit. Meinungsfreiheit)
- Gemeindliches Satzungsrecht und Grundgesetz, in DVBl 1955, S. 445 ff.

K o l l m a n n O t t m a r

Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in DÖV 1955, S. 45 ff.

K o p p H a n s W .

Inhalt und Form der Gesetze als ein Problem der Rechtstheorie, 2 Bände, Zürich 1958

K o r m a n n K a r l

Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts, in AdR, München-Berlin 1912, S. 36 ff., 114 ff., 195 ff.

K r a c h t E r n s t

Die Bedeutung des Art. 104 GG in der öffentlichen Fürsorge,
in DVBl 1950, S. 517 ff.

K r a f t R u d o l f

Ursprung und Sicherung der Grundrechte, in Schriftenreihe der
Juristischen Gesellschaft Berlin, Heft 4 (1961), S. 63 ff.

K r a t z e r W a l t e r

Art. 142 GG und die Grundrechte in der Bayerischen Verfassung,
in Festschrift für Laforet, München 1952, S. 107 ff. (zit.
Laforet-F)

K r a u s e A l f r e d

Staat und Staatsdienst heute, Bad Godesberg 1968

K r e u z e r A r t h u r

Kontroverse Rechtsprechung zum Schriftenbezug durch Straf-
gefangene, in GA 1970, S. 65 ff.

K r ö g e r K l a u s

Verfassungsrechtliche Grundfragen des Rechts des Beamten auf
parteipolitische Meinungsäußerungen, in AöR 88 (1963), S. 121 ff.

- Das Recht der freien Meinungsäußerung der Beamten im politi-
schen Bereich, Diss. Freiburg 1961 (zit. Diss.)

K r ü g e r H e r b e r t

Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung, in Rechtsprobleme
in Staat und Kirche, Festschrift für Rudolf Smend, Göttingen
1952, S. 211 ff. (zit. RechtsVO)

- Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, in
DVBl 1950, S. 625 ff.
- Der Verwaltungsrechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis,
in NJW 1953, S. 1363 ff.
- Die Grundrechte im Beamtenverhältnis, in BayerEZ 1950, S. 237 ff.
- Das besondere Gewaltverhältnis, in VVDStKL 15 (1956), S. 109 ff.
- Allgemeine Staatslehre, Stuttgart 1964 (zit. Allg. Staatslehre)
- Der Wesensgehalt der Grundrechte im Sinne des Art. 19 GG, in
DÖV 1955, S. 597 ff.
- Rechtsgutachten über die Frage: Sind die deutschen Universitä-
ten kraft ihrer Anstaltsgewalt berechtigt, den Studierenden
die Austragung von Bestimmungsmessuren zu verbieten und sie
im Falle der Zuwiderhandlung gegen dieses Verbot zu bestrafen?
Bonn 1953 (zit. Gutachten)
- Neues zur Persönlichkeitsentfaltung und deren Schranken, in
NJW 1955, S. 201 ff.
- Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, Göttingen 1950 (zit.
Kartell)
- Das Bundesverfassungsgericht und der moderne Staat, in ZBR
1954, S. 33 ff.

- Verfassungslehre, in Heft 12 der Schriftenfolge "Die Verwaltung" zur staatswissenschaftlichen Fortbildung der Beamten und Behördenangestellten, hrsg. v. Friedrich Giese, Braunschweig 1957, S. 348 ff. (zit. Verfassungslehre)
- Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten, in DVBl 1953, S. 97 ff.
- Diskussionsbeitrag, in VVDStRL 11 (1954), S. 140
- "Verbot mit Erlaubnisvorbehalt" und "Gewährung mit Auslesevorbehalt", in DÖV 1958, S. 673 ff.

K r ü g e r H i l d e g a r d

Die Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis, in ZBR 1956, S. 309 ff.

K ü h n F r i e d r i c h

Der Rechtsschutz des Strafgefangenen, Diss. Hamburg 1955 (zit. Diss.)

K u n z e R i c h a r d

Die Entwicklung des Anstaltsrechts von Otto Mayer bis heute, Diss. Freiburg 1942 (zit. Diss.)

L a b a n d P a u l

Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 1. Auflage, 3 Bände, Tübingen-Freiburg 1876 - 1882; 5. Auflage, 4 Bände, Tübingen 1911 - 1914 (zit. StR (1) oder (5))

- Staatsrecht, in "Die Kultur der Gegenwart", Systematische Rechtswissenschaft, 1. Auflage, Berlin-Leipzig 1906, S. 239 ff. (zit. Kultur)

L a n g S i e g f r i e d

Das Schulverhältnis als Anstaltsverhältnis, Diss. München 1969 (zit. Diss.)

L a n z H o r s t

Selbstbindung der Verwaltung bei Ermessensausübung, in NJW 1960, S. 1797 f.

L a s s a r H e r h a r d

Reichseigene Verwaltung unter der Weimarer Verfassung, in Jahrbuch des Öffentlichen Rechts, Band 14, Tübingen 1926, S. 1 ff.

L a u n R u d o l f

Die Menschenrechte, Hamburg 1948

L a u x m a n n F r i e d e r

Öffentlich-rechtliches und privatrechtliches Dienstverhältnis im Hinblick auf die grundrechtliche Stellung der Angehörigen des öffentlichen Dienstes, Diss. Tübingen 1961 (zit. Diss.)

L e c h e l e r H e r b e r t

Die Treuepflicht des Beamten - Leerformel oder Zentrum der Beamtenpflichten? in ZBR 1972, S. 228 ff.

Leibholz Gerhard

Strukturprobleme der modernen Demokratie, 3. Auflage, Karlsruhe 1967 (zit. Leibholz)

Leibholz G. / v. Mangoldt Hermann

Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge, Band 1, Tübingen 1951 (zit. Leibholz-v. Mangoldt JÖR NF Bd. 1)

Leibholz G. / Rinck H. J.

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 4. Auflage, Köln-Marienburg 1971 (zit. Leibholz-Rinck)

Leinius Robert

Zum Verhältnis von Sitzungspolizei, Hausrecht, Polizeigewalt, Amts- und Vollzugshilfe, in NJW 1973, S. 448 f.

Leipper Max

Der Verzicht auf subjektive öffentliche Rechte mit besonderer Berücksichtigung des Verzichts auf Leistungen der Sozialversicherung, Diss. Freiburg 1953 (zit. Diss.)

Leisner Walter

Die schutzwürdigen Rechte im besonderen Gewaltverhältnis, in DVBl 1960, S. 617 ff.

- Die quantitative Gewaltenteilung, in DÖV 1969, S. 405 ff.
- Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung, Tübingen 1964 (zit. Verfassungsmäßigkeit)
- Grundrechte und Privatrecht, in Münchener öffentlich-rechtl. Abhandlungen, Heft 1, München 1960 (zit. Grundrechte)

Lenz Harald

Die rechtliche Stellung eines Vorbestraften, Diss. Hamburg 1951 (zit. Diss.)

Lerche Peter

Wehrrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in DVBl 1954, S. 626 ff.

- Grundrechte der Soldaten, in Die Grundrechte von Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Band IV, 1. Halbband, Berlin 1960, S. 447 ff. (zit. Grundrechte IV 1)
- Übermaß und Verfassungsrecht; zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, Köln-Berlin-München-Bonn 1961 (zit. Übermaß)
- Bundestagsbeschlüsse ohne Gesetzesbefehl über Subventionen, in NJW 1961, S. 1753 ff.

Leveling Heinrich v.

Der Rechtsschutz gegen die Anstaltsgewalt, Diss. München 1962 (zit. Diss.)

Löffler Martin

Die Meinungs- und Pressefreiheit im Abhängigkeitsverhältnis, in NJW 1964, S. 1100 ff.

L ö h n i n g B e r n d

Der Vorbehalt des Gesetzes im Schulverhältnis, in Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 239, Berlin 1974

L o e n i n g E d g a r

Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechtes, Leipzig 1884 (zit. Lb)

L o e n i n g H e l l m u t h

Zur Vereinheitlichung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in SJZ 1950, Sp. 255 ff.

L ö w K o n r a d

Rechtsstaat, Demokratie, Sozialstaat, Unser Staat heute - und morgen? München 1973

L o h b a u e r H a n s

Die soziale Herkunft der Schüler des Gymnasiums und der Realschule, in Bayern in Zahlen, München 1966, S. 298 ff.

L o r e n z D i e t e r

Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, München 1973, in: Münchener Universitätsschriften, Reihe der Juristischen Fakultät, Band 23

L o s c h e l d e r W . / R ö ß l e r H . u . a .

Ausbildung - Ausbildung und Auslese der Beamten. Gestern, heute und morgen, Baden-Baden 1961 (zit. Loschelder-Rößler)

L ü t k e n s C h a r l o t t e

Die Schule als Mittelklasseninstitution, in: Sonderheft 5 der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Köln 1959, S. 22 ff.

L u h m a n n N i k l a s

Funktionen und Folgen formaler Organisation, Berlin 1964

M a e t z e l W o l f B o g u m i l

Bemerkungen zum richterlichen Rechtsschutz im Strafvollzug, in DÖV 1970, S. 459 ff.

M a l l m a n n W a l t e r

Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, in VVDStRL 19 (1961), S. 165 ff.

M a l z H e i n r i c h

Das Beamtenverhältnis als besonderes Gewaltverhältnis, in ZBR 1964, S. 97 ff.

M a n g o l d t H e r m a n n v .

Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 1. Auflage, Berlin-Frankfurt 1953

- M a n g o l d t H . v . / K l e i n F r i e d r i c h
Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 2. Auflage, Band I (un-
veränderter Nachdruck, Berlin - Frankfurt 1966 (zit. Mangoldt-
Klein)
- M a n g J o h a n n
Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 1. Auflage, Mün-
chen 1962
- M a n n S i e g f r i e d
Grundrechte und militärisches Statusverhältnis, in DÖV 1960,
S. 409 ff.
- M a r t e n s W o l f g a n g
Grundgesetz und Wehrverfassung, Heft 49 der Abhandlungen aus
dem Seminar für Öffentliches Recht, Hamburg 1961 (zit. Wehr-
verfassung)
- Das besondere Gewaltverhältnis im demokratischen Rechtsstaat,
in ZBR 1970, S. 197 ff.
- M a s c h k e H e r m a n n
Die Rangordnung der Rechtsquellen, Basel 1931
- M a u n z T h e o d o r
Die staatliche Verwaltung der Zuschüsse und Subventionen,
in BayVBl 1962, S. 1 ff.
- Das Recht der öffentlichen Sachen, in: Die Verwaltung, Schriften-
folge zur staatswissenschaftlichen Fortbildung der Beamten und
Behördenangestellten, hrsg. v. Giese, Heft 22, Braunschweig
1951 (zit. öffentl. Sachen) und
"Das Recht der öffentlichen Sachen und Anstalten", in Heft 11,
Braunschweig 1957 (zit. öffentliche Anstalten)
 - Deutsches Staatsrecht, 19. Auflage, München 1973 (zit. StR)
- M a u n z T h e o d o r / D ü r i g G ü n t e r /
H e r z o g R o m a n
Grundgesetz-Kommentar, Band I, II, München 1973 (zit. M-D-H)
- M a y e r F r a n z
Das verfassungsrechtliche Gebot der gesetzlichen Ermächtigung,
in Festschrift für Hermann Nottarp, Karlsruhe 1961, S. 187 ff.
(zit. Mayer-F.)
- M a y e r H e l l m u t h
Das Züchtigungsrecht des Lehrers, in DVBl 1956, S. 469 ff.
- Zuchtgewalt und Strafrechtspflege. Ein grundsätzlicher Versuch,
in Würzburger Abhandlungen zum deutschen und ausländischen
Prozeßrecht, Heft 13, Leipzig 1922 (zit. Diss.)
- M a y e r O t t o
Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bände, 2. Auflage, München-Leip-
zig 1924; 1. Auflage, Leipzig 1895/96 (zit. VerwR (1) oder (3))
- Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Verträge, in AöR 3
(1888), S. 1 ff.

Mayntz Renate

Soziologie der Organisation, Hamburg 1969

Mayntz Renate / Ziegler R.

Soziologie der Organisation, in Handbuch der empirischen Sozialforschung, Band II, hrsg. v. König René, Stuttgart 1969 (zit. Mayntz-Ziegler)

Meder Götz

Verwaltungserrnessen und Rechtsstaatskontrolle, in DVBl 1970, S. 857 f.

Meinzolt Hans

Das Gewohnheitsrecht als Quelle des Staats- und Verwaltungsrechts, in BayVBl 1928, S. 225 ff.

Menger Christian - Friedrich

Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte von Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Bd. III, 2. Halbband, Berlin 1959 (zit. Grundrechte III 2)

- Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in VerwArch 51 (1960), S. 64 ff. und S. 373 ff.
- Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in VerwArch 52 (1961), S. 196 ff.; VerwArch 55 (1964), S. 175 ff.
- Rechtssatz, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in DÖV 1955, S. 587 ff.
- Der Begriff des sozialen Rechtsstaats im Bonner Grundgesetz, in R-St, Band 173, Tübingen 1953 (zit. soz. Rechtsstaat)
- Zur Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland, in DÖV 1963, S. 726 ff.

Menger C. - F. / Erichsen Hans - Uwe

Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in VerwArch 58 (1967), S. 278 ff. und VerwArch 57 (1966), S. 175 ff.

Merktz Hans - Joachim

Der Beamte als Staatsbürger und die Staatsräson, in: Die politischen Pflichten und Rechte des deutschen Beamten (Deutsches Berufsbeamtentum), Beamtenpolitische Schriftenreihe, Heft 4, Baden-Baden 1962, S. 57 ff.

Mercker Reinhold

Das Wehrrecht im Grundgesetz, Beilage zum Bundesanzeiger Nr. 107 v. 6. Juni 1956, S. 1 ff.

Merk Wilhelm

Deutsches Verwaltungsrecht, Band II, Berlin 1970 (zit. VerwR)

Merk Adolf

Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien-Berlin 1927 (zit. VerwR)

- Entwicklung und Reform des Beamtenrechts, in VVDStRL 7 (1932), S. 55 ff.
- Idee und Gestalt der politischen Freiheit, in: Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe für Giacometti, Zürich 1953,

M e r t e n s H a n s - J o a c h i m

Die Selbstbindung der Verwaltung auf Grund des Gleichheitssatzes, Kieler rechtswissenschaftliche Abhandlungen Nr. 4, Hamburg 1963

M e y e r G e o r g / L a b a n d P a u l

Das Staatsrecht des deutschen Reiches (1. Band, Tübingen 1876), Buchbesprechung, in AdR, München-Leipzig 1876, S. 656 ff. (zit. Meyer-Laband)

M e y e r G e o r g / A n s c h ü t z G e r h a r d

Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Auflage, Berlin 1914 (zit. Meyer-Anschütz)

M e y e r K a r l

Der Rechtsschutz der Grundrechte im Wehrdienst, in DÖV 1954, S. 66 ff.

M i c h a e l

Anmerkung zum Urteil des OLG Frankfurt v. 9. 3. 1950, in DVBl 1950, S. 340 ff.

M i t t e r m a i e r W o l f g a n g

Gefängniskunde, Berlin-Frankfurt a.M. 1954

M ö r t e l G e o r g

Gewohnheitsrechtliche Ermächtigung für allgemeine Anordnungen der Unterrichtsverwaltung? in BayVB1 1958, S. 263 ff.

M o n t e s q u i e u C . d . S .

Vom Geist der Gesetze, Ausgabe Forsthoff Band II, Tübingen 1951

M o r s t e i n / M a r x F r i t z

Das Dilemma des Verwaltungsmannes, Berlin 1965 (zit. Morstein-Marx)

M ü l l e r G e r h a r d

Grundrechte und Dienstaufsicht, in DÖV 1952, S. 587 f.

M ü l l e r H o r s t J o a c h i m

Das Ermessen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in DÖV 1969, S. 119 ff.

M ü l l e r K a r l V a l e n t i n

Das "Bildungsmonopol" - Seine soziologische Bedeutung als politisches Schlagwort und soziale Rechtfertigung. In: Zeitschrift für Politik, 1961, S. 218 ff. (zit. Müller K.)

M ü l l e r - D i e t z H e i n z

Mit welchem Hauptinhalt empfiehlt es sich, ein Strafvollzugsgesetz zu erlassen? in: Verhandlungen des 48. DJT, Band I, Teil C, München 1970, S. 1 ff. (zit. Strafvollzugsgesetz)

- Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern auf dem Gebiet des Strafvollzugs, in GA 1967, S. 65 ff.

- Stand und Entwicklung der Strafvollzugsreform, in ZRP 1970, S. 181 ff.
- Verfassung und Strafvollzugsgesetz, in NJW 1972, S. 1161 ff.
- Strafvollzugsgesetzgebung und Strafvollzugsreform, Köln-München 1970 (zit. Strafvollzugsreform)

M ü n c h F r i t z .

Zur Anwendbarkeit der Menschenrechtskonvention in der BRD, in JZ 1961, S. 153 ff.

M ü n c h I n g o v .

Die Grundrechte der Strafgefangenen, in JZ 1958, S. 73 ff.

- Besonderes Gewaltverhältnis, Arbeitsverhältnis und Beamtentum, in ZBR 1959, S. 209 ff.
- Meinungsäußerung und besonderes Gewaltverhältnis, Diss. Frankfurt 1957 (zit. Diss.)

M u s u l i n J a n k o

Proklamation der Freiheit, Frankfurt a.M. 1959

M u t h H e i n r i c h

Die Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung, Stuttgart 1959

M u t i u s A l b e r t v .

Das Widerspruchsverfahren der VwGO als Verwaltungsverfahren und als Prozeßvoraussetzung, Berlin 1969

N a f p l i o t i s G e o r g

Die Anstaltsgewalt und ihre Grenzen, Diss. Marburg 1967 (zit. Diss.)

N a w i a s k y H a n s

Forderungs- und Gewaltverhältnis, in Festschrift für Ernst Zitelmann, München-Leipzig 1913 (zit. Zitelmann-F.)

- Deutsches und österreichisches Postrecht, Wien 1909 (zit. Postrecht)
- Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Auflage, Einsiedeln-Köln-Zürich 1948 (zit. Rechtslehre)
- Zur Lehre vom Wohnheitsrecht, in Festschrift Fünfzig Jahre Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, München 1929, S. 156 ff. (zit. Wohnheitsrecht)
- Bundesstaat als Rechtsbegriff, Tübingen 1920 (zit. Bundesstaat)
- Allgemeine Staatslehre, Band III, Köln 1956 (zit. Staatslehre)

N a w i a s k y H . / L e u s e r H a n s

Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. 12. 1946, Kommentar, München und Berlin 1948 (zit. Nawiasky-Leuser)

N e b i n g e r R o b e r t

Allgemeines Polizeirecht, Stuttgart 1951 (zit. PolizeiR)

- Verwaltungsrecht, Allg. Teil, 2. Auflage, Stuttgart 1949 (zit. VerwR)

N e i s K u r t

Die Koalitionsfreiheit des Beamten, in: Koalitions- und Meinungsfreiheit des Beamten, Köln 1964, S. 35 ff. (zit. Koalitionsfreiheit)

- Das vorläufige Polizeivollzugsbeamtengesetz des Bundes, in ZBR 1953, S. 157 f.

N i k i s c h A r t h u r

Arbeitsrecht, Band I, 2. Auflage, Tübingen 1955

N i p p e r d e y H a n s C a r l

Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, 3 Bände, Berlin 1929/30

O b e r m a n n E m i l

Soldaten - Bürger - Militaristen, Militär und Demokratie in Deutschland, Stuttgart 1958

O b e r m a y e r K l a u s

Das Bundesverfassungsgericht und der Vorbehalt des Gesetzes, in DVBl 1959, S. 354 ff.

- Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, Stuttgart-München-Hannover 1956 (zit. VA)
- Grundzüge des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozeßrechts, Stuttgart-München-Hannover 1964 (zit. Grundzüge)
- Der Rechtsschutz des Soldaten auf Grund der Wehrbeschwerdeordnung und der Wehrdisziplinarordnung, in DVBl 1957, S. 263 ff.
- Anmerkung zum Urteil des OVG Hamburg v. 29. 5. 1958, in DÖV 1959, S. 267 f.
- Verfassungsrechtliche Aspekte der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle, in DVBl 1965, S. 625 ff.
- Anmerkung zum Urteil des OVG Hamburg v. 14. 7. 1958, in DÖV 1959, S. 311 f.

O e l t z e G e r h a r d

Anmerkung zum Urteil des BVerwG v. 10. 12. 1954, in NJW 1955, S. 765

- Funktionen und Grenzen der Anstaltsgewalt. Ein Beitrag zur Lehre von den besonderen Gewaltverhältnissen im öffentlichen Recht, Diss. Köln 1954 (zit. Diss.)

O e r t z e n P e t e r v .

Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus, Diss. phil. Göttingen 1953 (zit. Diss.)

O e s t r e i c h G e r h a r d

Die Idee der Menschenrechte in ihrer geschichtlichen Entwicklung, Berlin 1963

O s s e n b ü h l F r i t z

Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, Köln 1966 (zit. Verwaltungsvorschriften)

- Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, 2. Auflage, Berlin 1965 (zit. Rücknahme)
- Die Verwaltungsvorschriften in der verwaltungsgerichtlichen Praxis, in AöR 92 (1967), S. 1 ff.
- Probleme und Wege der Verfassungsauslegung, in DÖV 1965, S. 649 ff.
- Ministerialerlasse als Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle, in DVBl 1969, S. 526 ff.
- Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenslehre, in DÖV 1968, S. 618 ff.
- Ermessen, Verwaltungspolitik und unbestimmter Rechtsbegriff, in DÖV 1970, S. 84 ff.

O h m A u g u s t

Haltungsstile Lebenslänglicher, Kriminologische Untersuchungen im Zuchthaus, Berlin 1959 (zit. Haltungsstile)

- Persönlichkeitswandlung unter Freiheitsentzug, Berlin 1964 (zit. Persönlichkeitswandlung)

O p p e r m a n n T h o m a s

Kulturverwaltungsrecht (Bildung-Wissenschaft-Kunst), Tübingen 1969

O t t S i e g h a r d t

Kunstfreiheit und Filmbewertung, in JuS 1968, S. 459 ff.

- Anmerkung zum Urteil des BayObLG v. 22. 1. 1964, in NJW 1964, S. 1149 f.

P a b s t E r n s t

Die Bedeutung des Art. 19 Abs. 4 GG für die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage, in DÖV 1951, S. 284 ff.

P a e t z o l d H a r t m u t O s k a r W i l h e l m

Die Abgrenzung von allgemeinem und besonderen Gewaltverhältnis, Diss. Hamburg 1972 (zit. Diss.)

- Der Rechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, in DVBl 1974, S. 454 ff.

P a k e s c h E r i c h

Der Einfluss des Strafvollzugs auf die Psyche des Häftlings, in MSchrKrim 44 (1961), S. 63 ff.

P a p i e r H a n s - J ü r g e n

Die finanzrechtlichen Gesetzesvorbehalte und das grundgesetzliche Demokratieprinzip, Berlin 1973

P a r t s c h K a r l J o s e f

Verfassungsprinzipien und Verwaltungsinstitutionen, in R-St 221 (1958), S. 1 ff.

P e i s e s t H a n s J e r t

Studien zur Sozialstruktur der Bildungschancen in Deutschland, Tübingen 1965

P e r s c h e l W o l f g a n g

Die Meinungsfreiheit des Schülers, Berlin-Spandau 1962

P e r w o

Das Recht des Beamten auf Mitgliedschaft und Tätigkeit in einer demokratischen Partei, in ZBR 1956, S. 110 ff.

P e t e r s H a n s

Lehrbuch der Verwaltung, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949 (zit. Lb)

- Das Berufsbeamtentum in der Bundesrepublik Deutschland, Düsseldorf 1955 (zit. Berufsbeamtentum)
- Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung, in Festschrift für Hans Huber, Bern 1961, S. 206 ff. (zit. Verwaltung)
- Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt, Rektoratsrede, Köln-Krefeld 1965 (zit. eigenst. Staatsgewalt)
- Die Gewaltenteilung in moderner Sicht, in Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Heft 25, Köln-Opladen 1954 (zit. Gewaltenteilung)

P l a n i t z H a n s

Zur Ideengeschichte der Grundrechte, in Nipperdey H.C., Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Band III, Berlin 1930, S. 567 ff.

P ö g g e l e r F r a n z / W i e n O t t o

Soldaten in der Demokratie, Frankfurt a.M. 1973 (zit. Pöggeler-Wien)

P ö t t g e n A l b e r t

Verfassungsrechtliche Grenzen staatlicher Wirtschaftsförderung durch Subvention, Diss. Köln 1965 (zit. Diss.)

P ö t z e l G e r h a r d

Lehrbuch des bayerischen Verfassungsrechts, 5. Auflage, München 1877 (zit. Lb)

P o d l e c h A d a l b e r t

Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die besonderen Gewaltverhältnisse, in Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 92, Berlin 1969 (zit. Gewissensfreiheit)

Q u a r i t s c h H e r b e r t

Das parlamentslose Parlamentsgesetz, 2. Auflage, Hamburg 1961

Q u e d e n f e l d H a n s D i e t r i c h

Bundesverfassungsgericht und Strafvollzugsgesetzgebung, in JZ 1972, S. 431 f.

R a d b r u c h G u s t a v

Rechtsphilosophie, 4. Auflage, Stuttgart 1950 (zit. Rechtsphilosophie)

- Die Natur der Sache als juristische Denkform, in Festschrift für Laun, Hamburg 1948, S. 157 ff. (zit. Natur der Sache)

R a e t h e r J o a c h i m

Das Prinzip des Rechtsstaats in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der oberen Bundesgerichte, Diss. Hamburg 1967 (zit. Diss.)

R a n d e l z h o f e r A l b r e c h t

Gleichbehandlung im Unrecht? in JZ 1973, S. 536 ff.

R a s c h E r n s t

Die staatliche Verwaltungsorganisation, Köln-München 1967 (zit. Verwaltungsorganisation)

- Die Festlegung und Veränderung staatlicher Zuständigkeiten, in DÖV 1957, S. 337 ff.

R a t h k e A r t h u r

Wie leben die Beamten? Eine Untersuchung über die sozialen Verhältnisse der deutschen Beamtenschaft im Jahre 1957, Köln 1958

R a u c h E l m a r

Geltung und Ausübung der Freiheitsgrundrechte im öffentlich-rechtlichen Anstaltsbenutzungsverhältnis, Diss. Münster 1962 (zit. Diss.)

R a u t e n b e r g J o a c h i m / V o i g t H e l m u t

Probleme der sog. allgemeinen Leistungsklage, in DÖV 1964, S. 259 ff.

R e d e k e r K o n r a d

Bild und Selbstverständnis der Juristen heute! in Heft 36 der Schriftenreihe der juristischen Gesellschaft Berlin, Berlin 1970 (zit. Selbstverständnis)

- Gegenwartsfragen der berufsständischen Selbstverwaltung, in JZ 1954, S. 625 ff.

R e h m H e r m a n n

Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Recht, in AdR, München-Leipzig 1885, S. 65 ff.

R e h m e r t F r i t z G ü n t e r

Verwaltungsgerichtliche Probleme des Schülerrechts, in DÖV 1958, S. 437 ff.

- Verwaltungsakte im Schulrecht, Diss. Heidelberg 1957 (zit. Diss.)

- Die gerichtliche Nachprüfung der Handhabung schulischer Verwaltungsverordnungen, in NJW 1957, S. 575 f. und NJW 1958, S. 232 f.

R e i m e r U l r i c h

Rechtsstaatliche Garantien im Strafvollzug, Diss. Hamburg 1955 (zit. Diss.)

R e i n e c k e H a n s

Die Polizeigewalt des Bundestagspräsidenten, Diss. Hamburg 1959 (zit. Diss.)

R e u H e r m a n n

Freiheit und Bindung der Verwaltung im Rechtsstaat, in DVBl 1959, S. 535 ff.

R e u t e r A l b e r t

Schulordnung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in DÖV 1954, S. 305 ff.

- Rechtsfragen um die Schulordnungen, in BayVBl 1956, S. 227 ff. und 262 ff.

R i n k e n A l f r e d

Verfassungsrechtliche Aspekte zum Status des Studenten, in JuS 1960, S. 257 ff.

R i t t a u M a r t i n

Soldat und Grundgesetz, in Wehrwissenschaftlicher Rundschau, Berlin-Frankfurt 1961, S. 125 ff.

R i t t e r G e r h a r d

Ursprung und Wesen der Menschenrechte, in: Lebendige Vergangenheit, München 1958, S. 3 ff., Beiträge zur historisch-politischen Selbstbesinnung, Zum 70. Geburtstage des Verfassers, hrsg. v. Freunden und Schülern

R ö h l H e l m u t

Der Rechtsschutz des Gefangenen, in JZ 1954, S. 65 ff.

- Der Rechtsweg gegen Strafvollzugsmaßnahmen, in NJW 1960, S. 413 ff.

- Die Nennung des eingeschränkten Grundrechts nach Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG, in AöR 81 (1956), S. 195 ff.

R ö h r s W e r n e r

Fehlerhafte Verwaltungsvorschriften, in Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 70, Leipzig 1932

R o e m e r W a l t e r

Die neue Wehrverfassung, in JZ 1956, S. 193 ff.

R ö p k e O t t o

Die Verpflichtungen der Erfinder im Öffentlichen Dienst, in ZBR 1962, S. 174 ff.

R o e t h e E b e r h a r d

Die Ausführungsverordnung im heutigen Staatsrecht, in AöR 46 (1931), S. 321 ff.

R o g h m a n n K l a u s

Soziologische Analyse von Militär und Gesellschaft in der Bundesrepublik Deutschland, Schriftenreihe Innere Führung, Wehrsoziologische Studien, Heft 1, hrsg. v. Bundesminister der Verteidigung, Bonn 1967

R o g h m a n n K . / Z i e g l e r R o l f

Militärsoziologie, in Handbuch der empirischen Sozialforschung,
hrsg. von König René, Band II, Stuttgart 1969, S. 514 ff.
(zit. Roghmann-Ziegler)

R o l l m a n n D i e t r i c h

Strafvollzug in Deutschland, Frankfurt a.M. 1967

R o m b e r g H e r m a n n

Zur sozialen Struktur des Gymnasiums heute, in: Die höhere
Schule, Mitteilungsblatt, Kiel 1963, S. 216 ff.

R o n n e b e r g e r F r a n z / R ö d e l U d o

Beamten im gesellschaftlichen Wandlungsprozeß. Soziale Stellung und soziales Bewußtsein von Beamten in der Bundesrepublik, Bonn 1971 (zit. Ronneberger-Rödel)

R o o s G o t t f r i e d

Der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung und seine Bedeutung für die Anwendung des Verwaltungsrechts, in Festgabe für den Schweizerischen Juristenverein, Bern 1955, S. 117 ff.

R o s i n F r a n z

Gesetz und Verordnung nach badischem Staatsrecht, Karlsruhe 1911 (zit. Rosin F.)

R o s i n H e i n r i c h

Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung, in AdR, Leipzig 1883, S. 265 ff. (zit. Rosin H.)

R o s s m y

Welche Fragen des Strafvollzugs eignen sich zur gesetzlichen Regelung? in Bl.f.GK, Band 42 (1908), S. 279 ff.

R ü f n e r W o l f g a n g

Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, Untersuchungen zum Problem der leistenden Verwaltung, Berlin 1967 (zit. Formen)

R u m n e y J a y / M a i e r J o s e p h

Soziologie. Die Wissenschaft der Gesellschaft, Nürnberg 1954 (zit. Rumney-Maier)

R u p p H a n s H e i n r i c h

Ministerial-Erlasse - Ausdruck originärer Rechtsetzung der Exekutive? in NJW 1970, S. 412 f.

- Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965 (zit. Grundfragen)
- Verwaltungsakt und Vertragsakt, in DVBl 1959, S. 81 ff.
- Diskussionsbeitrag, in VVDStRL 23 (1966), S. 274 ff.
- Der Schadensersatz- und Regreßanspruch des Dienstherrn im "besonderen Gewaltverhältnis" und sein Durchsetzung, in DVBl 1963, S. 577 ff.

- Ermessensspielraum und Rechtsstaatlichkeit, in NJW 1969, S. 1273 ff.
- R u p p r e c h t R e i n h a r d
Grundrechtseingriffe im Strafvollzug, in NJW 1972, S. 1345 ff.
- S a l a n d e r G u s t a v
Vom Wesen der Menschenrechte, Leipzig 1926
- S a l z m a n n J o a c h i m
Der Gedanke des Rechtsstaates in der Wehrverfassung der Bundesrepublik, Schriften zur Rechtslehre und Politik, Band 38, Bonn 1962
- S a r w e y O t t o v .
Öffentliches Recht und Verwaltungsrechtspflege, Tübingen 1880
- S a s s e H o r s t
Die Anstaltsgewalt, Diss. Kiel 1956 (zit. Diss.)
- S c h a c k F r i e d r i c h
Analogie und Verwendung allgemeiner Rechtsgedanken bei der Ausfüllung von Lücken in den Normen des Verwaltungsrechts, in Festschrift für Rudolf Laun, Hamburg 1948, S. 275 ff.
- S c h ä f e r H a n s
Grundgesetz und Bundeswehr, in NJW 1956, S. 529 ff.
- S c h ä f e r W a l t e r
Die Klagearten nach der VwGO, in DVBl 1960, S. 837 ff.
- S c h a m b e c k H e r b e r t
Grundrechte und Sozialordnung, in Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 88, Berlin 1969
- S c h a u m a n n W i l f r i e d
Der Auftrag des Gesetzgebers zur Verwirklichung der Freiheitsrechte, in JZ 1970, S. 48 ff.
- S c h e l s k y H e l m u t
Anpassung oder Widerstand? Soziologische Bedenken zur Schulreform, Heidelberg 1961
- S c h e u W e r n e r
Verhaltensweisen deutscher Strafgefangener heute, Göttingen 1971
- S c h e u n e r U l r i c h
Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 - 1960, Band II, Karlsruhe 1960, S. 229 ff. (zit. Entwicklung)
- Beitritt der BRD zur EVG und Grundgesetz. Rechtsgutachten, in: Der Kampf um den Wehrbeitrag, 2. Halbband, Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehrer und Politiker in Mainz, München 1953, S. 94 ff. (zit. Rechtsgutachten)

- Die nationale Revolution, in AöR 24 NF (1934), S. 166 ff.
- Der Bereich der Regierung, in Festschrift für Rudolf Smend, Göttingen 1952, S. 253 ff. (zit. Smend-F.)
- Rechtsgutachten über die Verfassungs- und Rechtmäßigkeit des Beschlusses der BReg. v. 19. 9. 1950 über die politische Betätigung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes gegen die demokratische Grundordnung, in: Die politische Treuepflicht der Angehörigen des öffentlichen Dienstes, hrsg. vom Deutschen Bund für Bürgerrechte, Frankfurt 1951, S. 61 ff. (zit. Verfassungsmäßigkeit)
- Ausländische Erfahrungen zum Problem der Übertragung rechtsetzender Gewalt, in: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, Band 12 der wissenschaftlichen Schriftenreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten, Frankfurt 1952, S. 118 ff. (zit. Übertragung)
- Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes, in R-St-W, Band IV, S. 88 ff., Düsseldorf 1953 (zit. inst. Garantien)
- Das parlamentarische Regierungssystem in der Bundesrepublik Deutschland, in DÖV 1957, S. 633 ff.
- Das Gesetz als Auftrag der Verwaltung, in DÖV 1969, S. 585 ff.

S c h i l l i n g K a r l

Rechtsfragen der Fondswirtschaft, in BayVBl 1962, S. 196 ff.

S c h i c k W a l t e r

Wichtige Entscheidungen zum Prüfungs- und Beurteilungsrecht, in ZBR 1972, S. 300 f.

- Der Beamte als Grundrechtsträger, in ZBR 1963, S. 67 ff.
- Zur Freiheit der Wohnungswahl im Beamtenverhältnis, in BayVBl 1962, S. 41 ff.
- Untergesetzlicher Rechtssatz als Enteignungsnorm, in DVBl 1962, S. 774 ff.

S c h l e g l H u g o

Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, Diss. Heidelberg 1958 (zit. Diss.)

S c h l o c h a u e r H a n s J ü r g e n

Öffentliches Recht, Grundzüge des Bundesstaatsrechts und des allgemeinen Verwaltungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland unter Berücksichtigung der Verbindung zum Völkerrecht, Karlsruhe 1957 (zit. Öffentl. Recht)

- Fragen zur Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in AöR 79 (1953), S. 185 ff.

S c h m i d t W a l t e r

Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung. Untersuchungen in den Verwaltungsvorschriften und zur "Selbstbindung der Verwaltung", Bad Homburg-Berlin-Zürich 1969 (zit. Gesetzesvollziehung)

- Die Freiheit vor dem Gesetz. Zur Auslegung des Art. 2 Abs. 2 des Grundgesetzes, in AöR 91 (1966), S. 42 ff.

S c h m i d t - B l e i b t r e u B r u n o / K l e i n
F r a n z

Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland,
3. Auflage, Neuwied-Berlin 1973 (zit. Schmidt-Bleibtreu-Klein)

S c h m i d t - R i c h t s t a e d t G e r d

Ermessen, Beurteilungsspielraum und eigenverantwortliches
Handeln der Verwaltung, in AöR 98 (1973), S. 173 ff.

S c h m i d t - S a l z e r J o a c h i m

Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden, Berlin
1968 (zit. Beurteilungsspielraum)

- Die normstrukturelle und dogmatische Bedeutung der Ermessens-
ermächtigung, in VerwArch 60 (1969), S. 261 ff.
- Grundfragen des Vertragsrechts im Zivil- und Verwaltungsrecht,
in NJW 1971, S. 5 ff.

S c h m i t t U l r i c h

Das öffentlich-rechtliche Hausrecht, Diss. Münster 1965 (zit.
Diss.)

S c h m i t t h e n n e r F r i e d r i c h

Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechtes, Gie-
ßen 1845

S c h n e i d e r H a n s

Der polizeiliche Eingriff in Freiheit und Rechte, Buchbe-
sprechung, in DVBl 1951, S. 776

- Anmerkung zum Urteil des Landesverwaltungsgerichts v. Rhld.-Pf.
v. 22. 4. 1952, in DVBl 1953, S. 82 f.

S c h n o r r G e r h a r d

Handeln auf Befehl, in JuS 1963, S. 293 ff.

S c h n u p p G .

Zölibatsklausel für Polizeivollzugsbeamte, in ZBR 1956,
S. 343 ff.

S c h o e n P a u l

Das Verordnungsrecht und die neuen Verfassungen, in AöR 6
(1924), S. 133 ff.

S c h o e n b o r n W a l t h e r

Studien zur Lehre vom Verzicht im öffentlichen Recht, Leip-
zig 1908

S c h o l t i s s e k H e r t e r t

Innere Grenzen des Freiheitsrechtes, in NJW 1952, S. 561 ff.

S c h o l z B e r n d

Die heutige Problematik des Hochschuldisziplinarrechts, Diss.
Freiburg 1968 (zit. Diss.)

Schröder Hugo

Soziologie der Volksschulklasse, Halle/Saale 1928 (zit. Schröder H.)

Schröder Richard

Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 6. Auflage, Berlin-Leipzig 1922 (zit..Lb)

Schüler-Springorum Horst

Strafvollzug im Übergang, Studien zum Stand der Vollzugslehre, Göttingen 1969 (zit. Schüler-Springorum)

Schütz Erwin

Grundrechte und Beamtenverhältnis, in DöD 1968, S. 1 ff. und S. 23 ff.

Schulke Erich Heinz

Die Zustimmung des Betroffenen als Rechtsgrundlage belastender Verwaltungsakte, in DÖV 1959, S. 132 ff.

Schulte Hermann

Die verfassungsrechtliche Stellung der Bundeswehrverwaltung, in Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 134, Berlin 1970

Schulze Hermann

Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, Band I, Leipzig 1881 (zit. Lb)

Schulz-Schaeffer Helmut

Die Staatsform der Bundesrepublik Deutschland, in Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 36, Berlin 1966 (zit. Schulz-Schaeffer)

Schwabe Jürgen

Anmerkung zum Urteil des BVerwG v. 15. 3. 1973, in NJW 1973, S. 1818 ff.

Schwalb Ruth

Die Anstaltspolizei. Eine dogmatische Untersuchung, Diss. Göttingen 1935 (zit. Diss.)

Schweickhardt Rolf

Der Verwaltungsakt als Anknüpfungspunkt im Verwaltungsprozeß, in DÖV 1965, S. 795 ff.

Schwendy Klaus

Anstaltsgewalt und Grundrechte, Diss. München 1957 (zit. Diss.)

Schwenk Wolfgang

Die Rechtsstellung des Strafgefangenen im Strafvollzug, Diss. Göttingen 1957 (zit. Diss.)

Seidel Dietmar

Beamtenstreik de lege ferenda? in DVBl 1974, S. 141 ff.

S e l b D i e t e r

Schulstrafe "Androhung der Ausweisung" und Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage, in DÖV 1965, S. 804 ff.

S e l l s c h o p p H e r m a n n

Schulverhältnis und Gesetzesvorbehalt, in DÖV 1971, S. 413 ff.

S e l m e r P e t e r

Der Vorbehalt des Gesetzes, in JuS 1968, S. 489 ff.

- Der Verwaltungsrechtsschutz in den besonderen Verwaltungsverhältnissen, in DÖV 1968, S. 342 ff.
- Rechtsverordnung und Verwaltungsvorschrift, in VerwArch 59 (1968), S. 114 ff.

S e y d e l M a x v .

Bayerisches Staatsrecht, Band III, Freiburg 1887

S i e g m u n d - S c h u l t z e G e r h a r d

Die Klagebefugnis der Beamten, in DVBl 1962, S. 508 ff.

S i e v e k i n g F r i e d r i c h

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit auf Grund der Verordnung Nr. 141 und Nr. 165 der Britischen Militärregierung, in MDR 1948, S. 315 ff.

S i n n H e l m u t

Die Änderung gesetzlicher Regelungen durch einfache Rechtsverordnung, Diss. Frankfurt 1970 (zit. Diss.)

S m e n d R u d o l f

Verfassung und Verfassungsrecht, Münche-Leipzig 1928 (zit. Verfassung)

- Das Recht der freien Meinungsäußerung, in VVDStRL 4 (1928), S. 44 ff.

S p a n n a g e l W o l f g a n g

Die Strafvollzugsordnung von Baden-Württemberg und ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz, Freiburg i.Brsg. 1961, Diss. (zit. Diss.)

S p a n n e r H a n s

Organisationsgewalt und Organisationsrecht, in DÖV 1957, S. 640 ff.

- Zum gerichtlichen Rechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, in DÖV 1963, S. 497 f.
- Anmerkung zum Urteil des OVG Münster v. 19. 7. 1962, in DÖV 1963, S. 29 ff.
- Die Berufsbeamten und die Staatskrisen, in VVDStRL 13 (1955), S. 119 ff.
- Empfiehlt es sich, den allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren? in: Verhandlungen des 43. DJT, Band I, 2. Teil A, Tübingen 1960 (zit. Kodifikation)

S p i r o E b e r h a r d

Zwangsassylierung von Tuberkulosekranken, in DÖV 1951, S. 344 f.

S p r e n g R u d o l f / B i r n W i l h e l m /
F e u c h t e P a u l

Die Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Stuttgart-Köln
1954 (zit. Spreng-Birn-Feuchte)

S o n t h e i m e r K u r t / B l e c k W i l h e l m

Abschied vom Berufsbeamtentum? Hamburg 1973 (zit. Sontheimer-
Bleck)

S t a h l F r i e d r i c h J u l i u s

Die Philosophie des Rechts, Band II, 5. Auflage, Heidelberg
1870 (zit. Philosophie)

- Das Monarchische Prinzip, Heidelberg 1845 (zit. Monarch.
Prinzip)

S t a m m e n T h e o

Der Rechtsstaat - Idee und Wirklichkeit in Deutschland,
München 1972

S t a r c k C h r i s t i a n

Anmerkung zum Urteil des BVerfG v. 14. 3. 1972, in JZ 1972,
S. 360 ff.

- Plädoyer für ein Strafvollzugsgesetz, in ZRP 1969, S. 147 ff.

- Autonomie und Grundrechte, in AöR 92 (1967), S. 449 ff.

S t a t i s t i s c h e s B u n d e s a m t

Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1973,
hrsg. v. Statistischen Bundesamt Wiesbaden, Stuttgart-Mainz
1973 (zit. Stat. Jahrbuch)

- Finanzen und Steuern, Reihe 4, Personal von Bund, Ländern
und Gemeinden, Stand: 2. Oktober 1972, hrsg. v. Statisti-
schen Bundesamt Wiesbaden, Tübingen 1974 (zit. Stat. BA, Fi-
nanzen und Steuern)

- Bevölkerung und Kultur, Reihe 9, Rechtspflege, Stand 1972,
hrsg. v. Statistischen Bundesamt Wiesbaden, Wiesbaden 1974
(zit. Bevölkerung und Kultur)

S t e i n L o r e n z v .

Der Begriff der Gesellschaft und die soziale Geschichte der
französischen Revolution bis zum Jahre 1830, Band I, Stutt-
gart 1849, Neuauflage, München 1921 (zit. Begriff)

- Die Verwaltungslehre, 1. Teil (Die vollziehende Gewalt),
2. Auflage, Stuttgart 1869 (zit. Verwaltungslehre)

S t e i n b a c h B e r n h a r d

Die politische Freiheit der Beamten unter der Konstitutionel-
len Monarchie in Preußen und im Deutschen Reich, Diss. Bonn
1962 (zit. Diss.)

S t e r n K l a u s

Ermessen und unzulässige Ermessensausübung, Berlin 1964
(zit. Ermessen)

- Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater, in JZ 1960, S. 518 ff.
- Gedanken über den wirtschaftslenkenden Staat aus verfassungsrechtlicher Sicht, in DÖV 1961, S. 323 ff.

S t ö t t e r V i k t o r

Anmerkung zum Urteil des OLG Braunschweig v. 21. 2. 1968, in NJW 1969, S. 1396 f.

S t r a c k H e i n z

Theorie des Rechtsstaates, Hamburg 1970

S t u r m E c k h a r t

Die Entwicklung des öffentlichen Dienstes in Deutschland, in: Die Entwicklung des öffentlichen Dienstes, hrsg. v. Ule C. H., Köln-München 1961

S t u z k y H a r t m u t

Auswirkungen des Sozialstaatsprinzips auf das Beamtenverhältnis unter Berücksichtigung der Fürsorgepflicht des Dienstherrn, Diss. Würzburg 1966 (zit. Diss.)

S ü s t e r h e n n A d o l f / S c h ä f e r H a n s
Kommentar zur Verfassung für Rheinland-Pfalz, Koblenz 1950
(zit. Süsterhenn-Schäfer)

T a u t s c h e r A n t o n

Der Akademiker. Der Beamte, Graz 1966

T i e d e m a n n K l a u s

Die Rechtsstellung der Strafgefangenen nach französischem und deutschem Verfassungsrecht, Bonn 1963

T i l c h H o r s t

Der Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte im Schulverhältnis, Diss. München 1961 (zit. Diss.)

T h i e l e W i l l i

Der Standort des Berufsbeamtentums, in DöD 1962, S. 121 ff.

- Entwicklungstendenzen im Beamtenrecht, in DöD 1962, S. 41 ff.
- Widerspricht das besondere Gewaltverhältnis dem demokratischen Rechtsstaat? in DöD 1963, S. 101 ff.
- Wo liegen die dem Beamten gezogenen Schranken der Meinungsfreiheit? in DöD 1959, S. 101 ff.

T h i e m e W e r n e r

Der Gesetzesvorbehalt im besonderen Gewaltverhältnis, in JZ 1964, S. 81 ff.

- Die besonderen Gewaltverhältnisse, in DÖV 1956, S. 521 ff.
- Deutsches Hochschulrecht, Berlin-Köln 1956 (zit. HochschulR)
- Anmerkung zum Urteil des OVG Rheinland-Pfalz v. 18. 12. 1953, in NJW 1954, S. 1461 f.
- Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, Göttingen 1961 (zit. Der öffentliche Dienst)
- Meinungsfreiheit und Beamtenrecht, in Koalitions- und Meinungsfreiheit des Beamten, Köln 1964, S. 18 ff.
- Der Beamte im sozialen Rechtsstaat, in ZBR 1960, S. 169 ff.
- Der Gesetzesvorbehalt in der Leistungsverwaltung, in JZ 1973, S. 692 f.
- Die Entwicklung des öffentlichen Rechts - Tagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer 1956, in DVBl 1957, S. 13 ff.

Th o m a R i c h a r d

Der Polizeibefehl im Badischen Recht, Tübingen 1906 (zit. Polizeibefehl)

- Der Vorbehalt des Gesetzes im preußischen Verfassungsrecht, in Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 167 ff. (zit. Vorbehalt)
- Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung, in Anschütz-Thoma HbdDStR II, S. 221 ff. (zit. HbdDStR II)
- Über die Grundrechte im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, in R-St-W, Band III, Düsseldorf 1951, S. 9 ff. (zit. Grundrechte)
- Grundrechte und Polizeigewalt, in Verwaltungsrechtliche Abhandlungen, Festgabe zur 50. Jahrfeier des Bestehens des Preußischen Obergerichts, Berlin 1925, S. 183 ff. (zit. OVG-Festgabe)

T o m u s c h a t C h r i s t i a n

Verfassungsgewohnheitsrecht? Heidelberg 1972

T r i e p e l H e i n r i c h

Empfiehlt es sich, in die Reichsverfassung neue Vorschriften über die Grenzen zwischen Gesetz und Rechtsverordnung aufzunehmen? in: Verhandlungen des 32. DJT, Berlin-Leipzig 1922, S. 11 ff. (zit. Grenzen)

T u r e g g K u r t E g o n v .

Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 3. Auflage, Berlin 1956 (zit. Lb)

U b e r G i e s b e r t

Freiheit des Berufs, Hamburg 1952

U h l i t z O t t o

Strafvollzugsreform: beste Absicht - wenig Aussicht, in ZRP 1971, S. 281 ff.

U l e C a r l H e r m a n n

Das besondere Gewaltverhältnis, in VVDStRL 15 (1956), S. 133 ff.

- Öffentlicher Dienst, in: Die Grundrechte von Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Band IV, 2. Halbband, Berlin 1962, S. 537 ff. (zit. Öffentl. Dienst)
- Die Lehre vom Verwaltungsakt im Licht der Generalklausel, in R-St-W, Band III, Düsseldorf 1951, S. 260 ff. (zit. VA)
- Gerichtlicher Rechtsschutz im Beamtenrecht, Berlin-Köln-Detmold-München 1951 (zit. Gerichtl. Rechtsschutz)
- Unklagbarkeit der Beamtenrechte, in DVBl 1951, S. 328 ff.
- Verwaltungsgerichtsbarkeit, Band II, 2. Auflage, Köln-München 1962 (zit. Verwaltungsgerichtsbarkeit)

U l l m a n n W o l f g a n g

Grundrechtsbeschränkungen des Soldaten durch die Wehrverfassung, Diss. München 1968 (zit. Diss.)

U l m e r W e r n e r

Anstaltsgewalt und Grundrechte, Diss. Mainz 1958 (zit. Diss.)

U m b a c h D i e t e r C .

Anmerkung zum Urteil des BVerfG v. 27. 7. 1971, in DVBl 1971, S. 741 ff.

U n r u h G e o r g - C h r i s t o p h v .

Besinnung auf den Rechtsstaat, in DÖV 1974, S. 508 ff.

V ö l c k e r M a x

Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit und die Leistungsverwaltung, Diss. München 1960 (zit. Diss.)

V o g e l F r i e d r i c h

Das Verhältnis der Grundrechte zu den besonderen Gewaltverhältnissen, Diss. München 1954 (zit. Diss.)

V o g e l K l a u s

Gesetzgeber und Verwaltung, in VVDStRL 24 (1966), S. 125 ff.

- Diskussionsbeitrag, in VVDStRL 25 (1967), S. 433

V o i g t A l f r e d

Geschichte der Grundrechte, Stuttgart 1948

W a c k e G e r h a r d

Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, Tübingen 1957 (zit. Grundlagen)

- Das Gesamt-Personalrecht des öffentlichen Dienstes, in DÖV 1958, S. 278 ff.
- Entstehungsgeschichte und Inhalt des Artikels 33 Absatz 5 des Grundgesetzes, in Neues Beamtentum, Frankfurt a.M. 1951, S. 152 ff., Wissenschaftliche Schriftenreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten, Band 10 (zit. (Entstehungsgeschichte))

- Zur Neugestaltung des Beamtenrechts, in AöR 76 (1950/51), S. 385 ff.
- Diskussionsbeitrag, in VVDStRL 15 (1956), S. 206 ff.

W a l d e c k e r L u d w i g

Allgemeine Staatslehre, Berlin 1927 (zit. Allg. Staatslehre)

- Entwicklungstendenzen im deutschen Beamtenrecht, in AöR 46 (1921), S. 129 ff.

W a l d e m a n n P e t e r

Zielkonflikte in einer Strafanstalt, Stuttgart 1968

W a l d m a n n E r i c

Soldat im Staat, Der Staatsbürger in Uniform, Vorstellung und Wirklichkeit, Boppard 1963

W a l l e r a t h M a x i m i l i a n

Die Selbstbindung der Verwaltung, in Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 83, Berlin 1968

W a l l n e r E r n s t M .

Soziologie. Einführung in Grundbegriffe und Probleme, 3. Auflage, Heidelberg 1973

W a l t e r F r i t z

Gewohnheitsrechtliche Ermächtigung für allgemeine Anordnungen der Unterrichtsverwaltung? in BayVB1 1958, S. 260 ff.

W a x H e r m a n n

Die Gehorsamspflicht des bayerischen Beamten, Diss. München 1960 (zit. Diss.)

W e b e r M a x

Wirtschaft und Gesellschaft, 1. Auflage, Tübingen 1922 (zit. Weber M.)

W e b e r W e r n e r

Die Gegenwartsfrage des höheren Beamtentums, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart, Jubiläumsschrift zum 100-jährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts, Band II, Karlsruhe 1963 (zit. Gegenwartsfrage)

- Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem, in Festschrift für Carl Schmitt, Berlin 1959, S. 253 ff. (zit. Schmitt-F.)
- Die Verkündung von Rechtsvorschriften, Stuttgart-Berlin 1942 (zit. Verkündung)
- Diskussionsbeitrag, in VVDStRL 15 (1956), S. 186 ff.
- Die öffentliche Sache, in VVDStRL 21 (1964), S. 145 ff. und in DVBl 1962, S. 818 f.
- Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen, in: Der Staat, 4. Band (1965), S. 409 ff. (zit. Der Staat, Bd. 4)

W e i ß C a r l

Abriß der Pädagogischen Soziologie, Band IV, Teil 1a und 2,
5. Auflage, Heilbronn/Obb. 1957/58

W e i ß b u c h

Weißbuch 1973/74, hrsg. v. Bundesminister der Verteidigung,
Zur Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland und zur Ent-
wicklung der Bundeswehr, Bonn 1974 (zit. Weißbuch)

W e r n e r F r i t z

Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, in
DVBl 1959, S. 527 ff.

- Bemerkungen zum Verhältnis von Grundrechtsordnung, Verwal-
tung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in JZ 1954, S. 557 ff.

W e r t e n b r u c h W i l h e l m

Grundgesetz und Menschenwürde, Köln-Berlin 1958 (zit. Grund-
gesetz)

- Die Begriffe, Beamter, Richter, Soldat auf bundesrechtli-
cher Grundlage, in DÖV 1960, S. 672 ff.

W i c h e r t E r n s t

Das Beamtenrecht des Bundespersonalgesetzes, in DVBl 1951,
S. 8 ff.

W i d t m a n n J u l i u s

Anmerkung zur Entscheidung des OVG Koblenz v. 12. 10. 1959,
in ZBR 1960, S. 387 ff.

W i e s e W a l t e r

Zur Neuordnung des öffentlichen Dienstes, in DVBl 1970,
S. 644 ff.

W i l h e l m B e r n h a r d

Die politische Meinungsfreiheit des Beamten, in ZBR 1968,
S. 1 ff.

- Die Beschränkbarkeit der Grundrechte im Beamtenrecht, in
BayVB1 1963, S. 365 ff.
- Die literarische Meinungsfreiheit des Beamten, in ZBR 1963,
S. 367 ff.

W i n k l e r G ü n t e r

Buchbesprechung, in DVBl 1963, S. 377

W i n k l e r W e r n e r

Rechtsstaatsgedanke und Besonderes Gewaltverhältnis, Diss.
Marburg 1957 (zit. Diss.)

W o l f F r i e d e m a n n

Grundrechte und besonderes Gewaltverhältnis, Auszug aus der
Bonner Dissertation 1953 über "Anstaltsgewalt und Verwaltungs-
gerichtsbarkeit", Bonn 1954 (zit. Diss.)

W o l f f H a n s J u l i u s

Verwaltungsrecht, Band I, 8. Auflage, München 1971; Band II, 3. Auflage, München 1970 (zit. VerwR)

- Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955 (zit. Rechtsgrundsätze)
- Anmerkung zum Urteil des BGH v. 26. 3. 1953, in JZ 1953, S. 552 f.

W ü r t e n b e r g e r T h o m a s

Reform des Strafvollzugs im sozialen Rechtsstaat, in JZ 1967, S. 233 ff.

- Anmerkung zum Urteil des BGH v. 8. 10. 1968, in JZ 1969, S. 239 ff.

Z a c h e r H a n s F .

Verwaltung durch Subventionen, in VVDStRL 25 (1967), S. 309 ff.

Z e i d l e r K a r l

Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, in VVDStRL 19 (1960), S. 208 ff.

- Massnahmegesetz und "klassisches" Gesetz, Karlsruhe 1961 (zit. Massnahmegesetz)
- Besprechung der Festschrift für Hans Huber, in DÖV 1961, S. 759

Z e i h e P a u l A r t h u r

Grundrechte und Beamtenpflichten, Diss. Köln 1953 (zit. Diss.)

Z i m m e r m a n n H . W .

Probleme des Anwendungsbereichs der Anfechtungsklage, in VerwArch 62 (1971), S. 48 ff.

Z i p p e l i u s R e i n h o l d

Allgemeine Staatslehre, 4. Auflage, München 1973

Z w e i g e r t K o n r a d

Auswüchse des studentischen Korporationswesens und die Verwaltungsgerichte, in JZ 1955, S. 533 ff.

Z w i r n e r H e n n i n g

Politische Treupflicht des Beamten, Diss. Göttingen 1956 (zit. Diss.)

1 . . . K a p i t e l

A . V o r b e m e r k u n g

1. BRD als Rechtsstaat

Die Bundesrepublik Deutschland ist ein Rechtsstaat.¹⁾ In Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG ist es ausdrücklich für die Länder normiert.²⁾ Für den Bund wird dies stillschweigend vorausgesetzt.³⁾

Im deutschen Schrifttum tauchte der Begriff "Rechtsstaat" erstmals Ende des 18. Jh. auf, sein Gedankengut läßt sich bis in die Antike zurückverfolgen.⁴⁾

Was besagt Rechtsstaat? Allein, daß in diesem Staat Recht existiert, daß der Herrschaftsanspruch des Staates durch Recht begründet und durchgesetzt wird? Das Recht wäre abgestempelt zu bloßem Herrschaftsmittel gegenüber den Bürgern, zu einem Instrument zur Organisation des Zusammenlebens, das der Staat nach seinem Belieben gebrauchen und einsetzen könnte. Der Begriff des Staates fiel mit dem des Rechtsstaates zusammen; denn jeder Staat regelt das Verhältnis zu seinen Bürgern durch Recht in Form von Gesetzen. Recht ist die Existenzgrundlage jedes Staates, auch einer Dikta-

1) vgl. Maunz StR S. 72 ff.; M-D-H Art. 20 Rdnr. 58 ff.; Mangoldt-Klein S. 600 ff.; Hamann-Lenz S. 55 ff.; Hesse, Grundzüge S. 76 ff.; Schmidt-Bleibtreu-Klein Art. 20 Rdnr. 9 ff.; Zippelius S. 107.

2) Wortlaut: "... im Sinne dieses Grundgesetzes ...".

3) so Hamann-Lenz S. 55: "vorverfassungsgemäßer überpositiver Satz, der der Normierung nicht bedarf"; BVerfGE 2, 380 ff. (403) spricht von vorverfassungsmäßigem Gesamtbild; ähnlich BVerfGE 3, 225 ff. (237); 6, 32 ff. (41).

4) zur Entstehung und geschichtlichen Entwicklung der Rechtsstaatsidee vgl. Bähr S. 111 ff.; Bühler, Grundlagen S. 104 ff.; Brüggemann S. 1 ff.; Darmstaedter, Grenzen S. 1 ff.; Dietze S. 22 ff.; Hessdörfer S. 117 ff.; Friesenhahn R-St-W II S. 241 f.; Stutzky, Diss. S. 4; Strack S. 181 ff.; Schulz-Schaeffer S. 140 ff.; Scheuner, Entwicklung S. 235 ff. mit umfassenden Angaben; Menger, soz. Rechtsstaat S. 3 ff..

tur.¹⁾ Das Leben in dem Gemeinwesen erlangt erst durch die rechtliche Ordnung Form und Gestalt; erst das Gesetz ermöglicht den Herrschaftszustand.

Darin erschöpft sich also nicht der Rechtsstaatsbegriff. Dem Recht kommt über das Gesagte hinaus eine zusätzliche, "besondere Rolle"²⁾ zu. Es beschränkt sich nicht auf die Herrschaft der Gesetze. Vielmehr wird es neben dem Mittel auch zum Maß der Herrschaft des Staates. Das bedeutet, daß über die bestehende rechtliche Ordnung hinaus, die für den Bürger bindend ist, auch die Rechtsausübung des Staates eingeschränkt wird, indem das Recht ihn bereits bei der Gestaltung der Rechtsordnung bindet. Zur ordnenden tritt die beschränkende Funktion des Rechts in Form der "Herrschaftsbemessung" des Staates. Sie verwirklicht sich in der Garantie der persönlichen Freiheit des einzelnen Bürgers.³⁾ Auch als Glied der Gemeinschaft verliert der Mensch nicht seine Individualität, bleibt er Individuum. Den Ausgleich zwischen diesen beiden Komponenten zu schaffen, ist die Aufgabe des Rechtsstaates. Er übt ausschließlich eine dienende Funktion aus.⁴⁾ Dies zeigt, daß der Staat nicht Selbstzweck ist, nicht um seiner selbst willen existiert,⁵⁾ auch wenn ihm in gewissem Umfang ein "Eigensein" zuerkannt wird.

Gemäß diesem Bekenntnis zum Rechtsstaat und zur Verwirklichung der ihm zugrunde liegenden Freiheitsidee hat der Verfassungsgeber verschiedene Prinzipien in seine Verfassung aufgenommen: Geltung der Grundrechte, Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Rechtsweggarantie. Nachfolgend wird kurz ihr

1) Dies entspricht der Begriffsdeutung des Rechtsstaates als "Gesetzesstaat". Vgl. M-D-H Art. 20 Rdnr. 58.

2) so Löw S. 16.

3) vgl. Bockelmann S. 176: "Rechtsstaat ist erst der Staat, der seinen Bürgern eine bestimmte Freiheitssphäre zuweist und sich verpflichtet, in diese Sphäre nur unter ganz bestimmten, rechtlich geregelten Voraussetzungen einzugreifen." Ähnlich Salzmann S. 12.

4) vgl. Hamann-Lenz S. 54/55.

5) siehe Herrenchiemsee-Entwurf, Art. 1: "Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen."

wesentlicher Inhalt umrissen. Näheres hierzu bei den einzelnen Kapiteln.

2. Grundprinzipien des Rechtsstaates

a) Geltung der Grundrechte, Art. 1 - 19 GG

Das Grundgesetz spricht von der Achtung und dem Schutz der unantastbaren Menschenwürde als Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.¹⁾ Es bekennt sich zu den unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.²⁾ Es gewährt eine Reihe von Grundrechten zum Schutze des Bürgers.³⁾ Ihre Änderung ist insoweit unzulässig, als ihr Kernbestand tangiert wird.⁴⁾

Damit anerkennt das Grundgesetz ausdrücklich eine Sphäre, die jedem staatlichen Eingriff entzogen ist. In erster Linie sind die Grundrechte Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Ihnen obliegt die rechtsstaatliche Aufgabe, diesen Bereich individueller Freiheit vor dem Eindringen der Staatsgewalt und deren totalitären Ausweitung zu bewahren.⁵⁾ Darüber hinaus verkörpern sie eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt.⁶⁾ Die Wurzel hierfür findet sich in der Würde und Freiheit des einzelnen Menschen als natürliche Person.

1) vgl. Art. 1 Abs. 1 GG.

2) vgl. Art. 1 Abs. 2 GG.

3) vgl. Art. 2 - 19 GG.

4) vgl. für den Verfassungsgesetzgeber Art. 79 Abs. 3 GG und für den einfachen Gesetzgeber Art. 19 Abs. 2 GG.

5) sog. status negativus. Der Gedanke des Anspruchs auf Fürsorge durch den Staat (status positivus) hat in den Grundrechten nur in beschränktem Maße Eingang gefunden. Vgl. BVerfGE 1, 97 ff. (104).

6) vgl. Hesse, Grundzüge S. 116/117; Hamann-Lenz S. 121 m.w.N.; BVerfGE 21, 362 ff. (372); weitere Angaben bei Leibholz-Rinck S. 48.

b) Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG

Eine der wesentlichen Forderungen des Rechtsstaatsprinzips¹⁾ ist in Art. 20 Abs. 3 GG angesprochen; Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Er untergliedert sich in den Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes und den des Vorbehalts des Gesetzes.²⁾ Während man unter ersterem versteht, daß formelle Gesetze entgegenstehende Normen oder Akte der Verwaltung derogieren, bedeutet Vorbehalt des Gesetzes, daß die Verwaltung nur vorbehaltlich einer gesetzlichen Vorschrift Eingriffe in die Individualsphäre des Bürgers vornehmen darf, ihr Handeln nur rechtmäßig ist, wenn sie dazu durch eine gesetzliche Vorschrift ausdrücklich befugt worden ist.³⁾ Der Gesetzgeber legt Zweck und Mittel staatlicher Tätigkeit fest. Er entscheidet, ob, in welchem Umfang und mit welchen Mitteln zur Durchsetzung staatlicher Zwecke in den Freiheitsbereich des einzelnen eingegriffen werden darf. Ausdrücklich normiert die Verfassung in Art. 20 Abs. 3 GG nur den Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes. Eine entsprechende Regelung für den Grundsatz des Vorbehalts fehlt. Seine Gültigkeit wird aus dem allgemeinen Rechtsstaatsprinzip, den Grundrechten⁴⁾ und aus einer effektiven Wirksamkeit des

1) so Hamann-Lenz S. 56; Imboden S. 8; Mangoldt-Klein S. 601; Maunz, StR S. 73.

2) Im Prinzip ist man sich darin einig. Vgl. Jesch, Gesetz S. 29; Vogel, VVDStRL 24, 146 f., 151; Völcker, Diss. S. 23 m.w.N.; Wolff, VerwR I, S. 135 ff.; M-D-H Art. 20 Rdnr. 127; zu abweichenden Meinungen vgl. die Angaben in M-D-H Art. 20 Rdnr. 127, Fußn. 1.

3) so die herkömmliche "Freiheits- und Eigentums-Klausel"; Näheres hierzu S. 42/43 dieser Arbeit.

4) vgl. Maunz-Dürig, M-D-H Art. 20 Rdnr. 70, 128. Diese Grundrechtsbezogenheit führt dazu, daß teilweise dieser eigenständige rechtsstaatliche Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes mit dem Grundrechtsschutz, den in den Grundrechten geregelten Gesetzesvorbehalt, gleichgesetzt wird. Folgerichtig bedeutet dies, daß ersterer Grundsatz entbehrlich ist. Vgl. die Rspr. des Bundesverfassungsgerichts (grundlegend das Elfes-Urteil, BVerfG E 6, 32 ff.), wonach jeder Verstoß gegen den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes einen Grundrechtsverstoß beinhaltet; zur weiteren Rspr. und zu ihrer Kritik siehe

Grundsatzes des Vorrangs des Gesetzes¹⁾ gefolgert. Gemäß dem Homogenitätsprinzip des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG gilt er auch in den Ländern. Verwaltungshandeln auf Landesebene bedarf damit gleichfalls einer gesetzlichen Grundlage.²⁾

Gallwas S. 91, Fußn. 152, 153;
vgl. auch Vogel VVDStRL 24, 125 ff.; Jesch, Gesetz S. 32,
der die Gesetzesvorbehalte in den Grundrechten als "Spezialvorbehalte unter dem Oberbegriff des Vorbehalts des Gesetzes" sieht.

Obwohl eine Überlagerung im Bereich der Grundrechte nicht verneint werden kann, soll dennoch die Trennung zwischen dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes und den Grundrechtsvorbehalten beibehalten werden. Die vorliegende Untersuchung befaßt sich mit der Geltung des besonderen Gewaltverhältnisses ("bGes"). Herkömmlicherweise ist in Lit. und Rspr. in diesem Bereich zwischen Grundrechtsgeltung und Geltung des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes unterschieden worden. Aus Gründen der Rechtsklarheit wird dies beibehalten. Vorgebeugt ist dadurch einem Zurückfallen in die Zeit der Weimarer Verfassung, in der Grundrechtsschutz nur Schutz vor gesetzteslosem Eingriff bedeutete. Vgl. dazu S.128 der Arbeit.

Konstruktionsschwierigkeiten entstünden bei den Grundrechten ohne Gesetzesvorbehalt aber mit immanenten Schranken. Problematisch wären jene Maßnahmen, die der Mißbrauchsabwehr dienen, die den geschützten Grundrechtsbereich des einzelnen nicht tangieren, ihn vielmehr dorthin zurück, hinter die immanenten Schranken, weisen. Der eigenständige Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes fällt hier die klare Entscheidung der Notwendigkeit eines Gesetzes.

- 1) Dieser würde sich ohne Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes nur auf den eng begrenzten Bereich entgegenstehenden Rechtes beziehen; ausgeklammert wäre das weite Gebiet, dessen Materie der Gesetzgeber bereits durch eine, wenn auch teilweise oder lückenhafte Regelung an sich gezogen hat. Zudem wäre der Umfang der Gesetzesbindung schwerlich bestimmbar und so die in Art. 20 Abs. 3 GG gewährleistete Bindung an das Gesetz recht unzugänglich.
- 2) bedeutsam für das Schulverhältnis.

c) Justiziabilität der Hoheitsakte, Art. 19 Abs. 4 GG

Weiteren verfassungsrechtlichen Niederschlag hat die Rechtsstaatlichkeit in der Normierung der Rechtsweggarantie, Art. 19 Abs. 4 GG, gefunden.¹⁾ Was nützen Rechtspositionen, die zwar behauptet, nicht aber durchgesetzt werden können, was Gerichte, zu denen der Weg gesperrt ist.

Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG normiert daher: "Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen." Satz 2 dieser Vorschrift eröffnet diesen zu den ordentlichen Gerichten, falls keine andere Zuständigkeit gegeben ist.²⁾ Auf diese Weise soll bei jeder Rechtsverletzung die Anrufung eines Gerichtes gewährleistet sein. Damit ergänzt Art. 19 Abs. 4 GG die materiell-rechtlichen Bestimmungen des Grundrechtsteils, indem er ein "formelles Grundrecht"³⁾ statuiert. Seine Intention richtet sich vor allem gegen die "Selbstherrlichkeit" der vollziehenden

1) vgl. schon Bähr S. 15: "Die Verwaltung selbst einer Rechtsprechung zu unterwerfen ... ist eine wesentliche Bedingung des Rechtsstaates." Ähnlich Thoma HbDStR II, S. 233; Kollmann DÖV 1955, 47 spricht von einem wesentlichen Fortschritt in der Entwicklung zum Rechtsstaat. Vgl. weiterhin Mangoldt-Klein S. 601; Hamann-Lenz S. 56; Maunz StR S. 74; BVerfGE 2, 380 ff. (403); 8, 274 ff. (326); 13, 153 ff. (161); weitere Nachweise bei Mutius S. 151 Anm. 91;

zweifelnd Maunz-Dürig M-D-H Art. 20 Rdnr. 92, die zwar anerkennen, daß Art. 19 Abs. 4 GG die Krönung des Rechtsstaates darstellt, dennoch sich gegen die Auffassung wenden, daß die Rechtsweggarantie eine "Essentiale" des Rechtsstaatsbegriffs ist.

Vgl. dagegen auch Klein VVDStRL 8, 78: "In ihm (Art. 19 Abs. 4 GG) verwirklicht das GG den Rechtsstaat, indem es ihn zum "Rechtswegstaat" krönt"

Bemerkt sei noch dazu, daß sich das GG als erste Verfassung der Welt für diese Perfektionierung des Rechtsstaates entschieden hat.

2) Art. 19 Abs. 4 Satz 2 1. Hs GG geht davon aus, daß in erster Linie die Verwaltungsgerichte zur Gewährung des Rechtsschutzes berufen sind, wenn jemand durch öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird. Vgl. § 40 VwGO.

3) Man spricht auch vom "formellen Hauptgrundrecht" der Verfassung. Vgl. Klein, VVDStRL 8, 88; Dürig, M-D-H Art. 19 Abs. 4 Rdnr. 2; umfassende Nachweise bei Bauer S. 21 mit Hinweis auf Gegenmeinungen in Fußn. 4.

Gewalt im Verhältnis zum Bürger. Entsprechend der zugrunde liegenden rechtsstaatlichen Forderung nach möglichst lückenlosem Rechtsschutz¹⁾ darf keine Entscheidung der Exekutive, die in geschützte Rechte des Bürgers eingreift, der richterlichen Nachprüfung entzogen werden.²⁾ Nach überwiegender Ansicht dagegen bezieht sich Art. 19 Abs. 4 GG nicht auf die Akte der Legislative³⁾ und Judikative⁴⁾.

3. Allgemeines ("aG") und besonderes Gewaltverhältnis ("bG")

Jede Person, die sich auf einem bestimmten Staatsgebiet aufhält, ist der Staatsgewalt des betreffenden Staates unterworfen. Erfasst sind demnach nicht nur die Staatsangehörigen, sondern auch die Ausländer, soweit keine Ausnahmebestimmungen bestehen.⁵⁾ Kraft dieser allgemeinen Unterworfenheit hat der einzelne die ihm vom Staat auferlegten Pflichten zu erfüllen, die sich aus der gültigen staatlichen Rechtsordnung ergeben. Dabei wird nicht verkannt, daß der Pflichtenkreis durchaus unterschiedlich gestaltet, enger oder weiter, sein kann.⁶⁾ Jeder ist demnach den ihn treffenden hoheitlichen Anordnungen, voran den staatlichen Gesetzen, Gehorsam schuldig. Eine ausdrückliche Normierung der Gehorsamspflicht fehlt in der Rechtsordnung; jede Norm setzt sie stillschweigend voraus.

1) so BVerfGE 8, 274 ff. (326); 25, 352 ff. (365).

2) vgl. BVerfGE 10, 264 ff. (267); 25, 352 ff. (365).

3) so BVerfGE 24, 33 ff. mit Darstellung des Streitgegenstandes; BVerfGE 24, 367 ff.; BVerfG DVBl 1971, 740 f.; vgl. auch umfassende Nachweise bei Umbach DVBl 1971, 741 ff.; weiterhin Obermayer DVBl 1965, 625 ff.; Bartlperger DVBl 1967, 360 ff.; Klein, VVDStRL 8, 106 f.; LVG Rhld.-Pf. JZ 1951, 372 ff.; Mangoldt-Klein S. 571; Schmidt-Bleibtreu-Klein Art. 19 Rdnr. 26 m.w.N..
dagegen: Hamann-Lenz S. 330; Dürig M-D-H Art. 19 Abs. 4 Rdnr. 18; Lerche DVBl 1954, 627 Fußn. 18.

4) so Dürig M-D-H Art. 19 Abs. 4 Rdnr. 17 c; Mangoldt-Klein S. 570/571; Wernicke, Bonn.Komm. Art. 19 S. 13; Schmidt-Bleibtreu-Klein Art. 19 Rdnr. 25; Hesse, Grundzüge S. 141; BVerfGE 11, 263 ff. (265); 25, 352 ff. (365); 15, 275 ff. (280 f.).

5) so bei Exterritorialität.

6) z.B. ist der Ausländer nicht der deutschen Wehrpflicht unterworfen.

Diese allgemeine Unterworfenheit des einzelnen unter die staatliche Rechtsordnung wird herkömmlicher Weise als allgemeines Gewaltverhältnis ("aG") bezeichnet.¹⁾

Neben diesem "aG" gibt es zahlreiche Personen, die zur Staatsgewalt in eine besonders enge Verbindung treten und sich damit in eine besondere, über die allgemeine Bindung hinausgehende Abhängigkeit begeben.²⁾ Teilweise erfolgt dies aufgrund freier EntschlieÙung des einzelnen³⁾, teils beruht es auf gesetzlichem Zwang⁴⁾, teils auf Richterspruch⁵⁾. Dieses zusätzliche Unterwerfungsverhältnis führt die Bezeichnung besonderes Gewaltverhältnis ("bG").⁶⁾

Nach tradierter Auffassung gliedert sich die rechtliche Wesensverschiedenheit dieser beiden Verhältnisse vorwiegend in drei Punkte:⁷⁾

- a) Im "bG" gelte der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes nicht oder nur modifiziert.
- b) Die Berufung auf die Grundrechte sei eingeschränkt.
- c) Gegen Maßnahmen der öffentlichen Verwaltung habe der Unterwerfene keinen oder nur beschränkten Rechtsschutz.

1) hierzu umfassende Nachweise bei Paetzold, Diss. S. 8 ff..

2) Bsp.: Beamten-, Schul-, Wehr-, Strafgefangenenverhältnis.

3) Beamtenverhältnis, höhere Schule, Berufssoldat.

4) Wehrpflichtdienst.

5) Strafgefangenenverhältnis.

6) im Anschluß an Laband, StR (1) I S. 386 ff. und Mayer, VerwR (3) I S. 101; AöR 3, 53; vgl. nachstehenden geschichtlichen Überblick S. 15 ff..

7) Fuß DÖV 1972, 766 spricht von den drei "klassischen Problemkreisen" des "bGes". Martens ZBR 1970, 199 führt an, diese Trias von Rechtsschutz-, Vorbehalts- und Grundrechtsproblematik liege im Bezugspunkt der gegenwärtigen Diskussion. Vgl. auch Evers, Gewaltverh. S. 5; Feindt DÖV 1973, 768.

B. Problemstellung

In seinem Beschluß vom 14. 3. 1972 hat das BVerfG das Institut des "bGes" beachtlich ins Wanken gebracht.¹⁾ Ein überkommenes Essentiale des "bGes", die Einschränkungbarkeit der Grundrechte ohne formell-gesetzliche Ermächtigung, hat es für verfassungsrechtlich unzulässig erachtet. Grundrechte dürfen auch im "bG" nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden.

Angesichts der Wichtigkeit dieses Ausspruchs des BVerfG ist seine Begründung hierfür²⁾ recht dürftig.³⁾ Da es das Gericht versäumte, sich umfassend mit dem doch alteingesessenen Institut des "bGes", mit den wesentlichen Gegenargumenten in Literatur und Rechtsprechung auseinanderzusetzen, wirkt seine Entscheidung wenig überzeugend.⁴⁾ Mit pauschalen Worten versuchte es, sein Ergebnis zu rechtfertigen. Es

1) Kempf JuS 1972, 704 glaubt, daß damit das "bG" als "Relikt des Obrigkeitsstaates" aufgehört habe zu existieren; nach Fuß DÖV 1972, 766 ist mit dieser Entscheidung die Abkehr vom "bG" vollzogen.

Vgl. aber Forsthoff, Lehrs. S. 128, wonach nicht alle "bGe" von diesem Urteil berührt werden; ähnlich Feindt DÖV 1973, 769.

2) vgl. BVerfG NJW 1972, 811 ff. bezüglich der Grundrechte von Strafgefangenen.

Begründung S. 812: "Das GG ist eine wertgebundene Ordnung, die den Schutz von Freiheit und Menschenwürde als den obersten Zweck allen Rechts erkennt; sein Menschenbild ist allerdings nicht das des selbstherrlichen Individuums, sondern das der in der Gemeinschaft stehenden und ihr vielfältig verpflichteten Persönlichkeit. In Art. 1 Abs. 3 GG werden die Grundrechte für Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung für unmittelbar verbindlich erklärt. Dieser umfassenden Bindung der staatlichen Gewalt widerspräche es, wenn im Strafvollzug die Grundrechte beliebig oder nach Ermessen eingeschränkt werden könnten. Eine Einschränkung kommt nur dann in Betracht, wenn sie zur Erreichung eines von der Wertordnung des GG gedeckten gemeinschaftsbezogenen Zweckes unerlässlich ist und in den dafür verfassungsrechtlich vorgesehenen Formen geschieht. Die Grundrechte von Strafgefangenen können also nur durch oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden, das allerdings auf - möglichst engbegrenzte - Generalklauseln nicht verzichten können."

3) vgl. Erichsen, Wolff-P. S. 238.

4) ähnlich Fuß DÖV 1972, 767, der dies jedoch nicht als Vorwurf verstehen möchte.

wird nicht differenziert zwischen Grundrechtsgeltung und Geltung des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes. Dem letzteren setzte das Gericht den in den einzelnen Grundrechten normierten Gesetzesvorbehalt gleich. Damit ist ungeklärt, was bei Mißbrauchsabwehr gilt, wenn Grundrechte nicht in ihrem geschützten Bereich tangiert werden.¹⁾

Das BVerfG befaßt sich zudem nur mit dem "bG" der Strafgefangenen. Gilt Gleiches auch für die anderen anerkannten "bGe"? Wenn ja, was bleibt vom Institut des "bGes" noch übrig? kann überhaupt vom "bG" schlechthin gesprochen werden? Oder sind die, diesem Begriff herkömmlicherweise unterfallenden Lebensverhältnisse zu unterschiedlich strukturiert, um sie unter einen solchen gemeinsamen Nenner bringen zu können? Wenn nicht, kann das "bG" deutlich vom "aG" abgehoben werden? Vermögen es vielleicht noch die Kriterien des "eingeschränkten Rechtsschutzes" und des "Treueverhältnisses" gegenüber dem "aG" zu rechtfertigen?

All diese Fragen berechtigen dazu, sich nochmals, trotz mannigfaltiger, meist älterer Literatur, mit diesem Themenkreis zu befassen. Ist fast 20 Jahre später eingetroffen, was schon Thieme²⁾ über die Ausführungen Krügers auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer vom 11./12. 10. 1956 in Mainz referierte: "Das Besondere Gewaltverhältnis als Institut ist zum Absterben verurteilt."? Oder verbleibt ihm selbst heute noch eine Existenzberechtigung als eigenständiges, sinnvolles Rechtsinstitut, als ein "allgemeines Verhältnis, das durch ihm eigene gemeinsame Züge in allen Bereichen seiner Verwendung gekennzeichnetes begreifbar und damit dogmatisch geprägt ist"³⁾?

1. Terminologische Unrichtigkeit des Begriffes "bG"?

Kritische Stimmen in der Literatur wenden sich gegen den Wortgebrauch "Gewaltverhältnis". Wie die Redewendung "Gewalt

1) siehe oben S. 4 Fußn. 4.

2) DVBl 1957, 14.

3) so Ipsen AöR 97, 416; vgl. auch Fuß DöV 1972, 765.

geht vor Recht" besage, werde im allgemeinen Sprachgebrauch der Ausdruck "Gewalt" sehr oft als Gegensatz zu "Recht" verstanden. Da aber das "bG" als Rechtsverhältnis rechtlich geordnet sei, dürfe diese Terminologie nicht mehr verwendet werden.¹⁾

Dagegen wendet Ule²⁾ ein, daß zwischen Gewalt- und Rechtsverhältnis kein echter Gegensatz bestehe, daß es sich hierbei nur um "eine gewisse terminologische Unebenheit" handle, "die mit gleichem Recht an den Ausdrücken Staatsgewalt, Gewaltenteilung usw. gerügt werden könnte". Da die Ausdrücke "aG" und "bG" gebräuchlich seien, könne an ihnen bei richtigem Verständnis terminologisch festgehalten werden.³⁾

Im geltenden Verfassungsrecht sind immer noch Begriffe wie Staatsgewalt, Gewaltenteilung, gesetzgebende, vollziehende, rechtsprechende Gewalt geläufig. Niemand grämt sich über ihre Gegenwärtigkeit und macht sich Gedanken über ihre Abschaffung. Dies allein rechtfertigt nicht auch die Beibehaltung des Begriffes "bG". Mit ihm verbindet sich eine tra-

-
- 1) zur Kritik an der bloßen Terminologie vgl. Spanner DÖV 1957, 640, der den Begriff "bG" als "unjuristischen Naturschutz" bezeichnet. In DÖV 1963, 29 und 497 f. führt er aus: Gewalt bedeute nun einmal nicht Recht und rechtlich geordnet. Die Entstehung des Begriffes "Gewaltverhältnis" und seine dauernde Verwendung bestätige dies. Daher sei der alte Begriff aufzugeben und ein neuer zu suchen. Terminologische Bequemlichkeit dürfe nicht auf Kosten der Richtigkeit gehen. Vgl. auch Becker DVBl 56, 87 f.; Ermacora DÖV 1956, 529 ff.; zurückhaltend Selmer JuS 1968, 498; vgl. noch Jecht S. 111; Dowie, Diss. S. 9 f..
Begriffsvorschläge: Krüger ZBR 1956, 310 für "besonderes Rechtsverhältnis"; so auch Schlochauer, Öffentl. Recht S. 164; Wolff, VerwR S. 199: "verwaltungsrechtliche Sonderverhältnisse"; Hesse, Grundzüge S. 135: "Sonderstatusverhältnis"; Dürig AöR 81, 152: "besonderes Pflichtenverhältnis"; weitere Angaben bei Paetzold, Diss. S. 6 Fußn. 3 und S. 7 Fußn. 3 und bei Ullmann, Diss. S. 109.
- 2) VVDStRL 15, 144.
- 3) zust. Kellner DÖV 1963, 418; Brohm DÖV 1964, 238; Perschel S. 19 ff., 23 ff., der diese Frage lediglich als Angelegenheit des terminologischen Geschmacks bezeichnet. Vgl. auch Paetzold, Diss. S. 7: "Gewalt" wie auch "verwalten" leite sich von "walten, herrschen" ab und hierin liege kein Gegensatz zum Recht.

dierte Auffassung, wonach in diesem Bereich geltende verfassungsrechtliche Prinzipien durchbrochen sind. Nur wenn sich dieser sachliche Gehalt des "bGes" geändert haben sollte, dürfte an der Terminologie nicht mehr festgehalten werden, um so einem möglichen Schluß vom Wortgebrauch auf die frühere Rechtsanschauung vorzubeugen. Die Folge wäre auch die Hinfälligkeit des Begriffes "aG", obwohl sich dessen materieller Gehalt nicht geändert hätte, da beide Begriffe nur im Gegensatz zueinander ihren Sinn haben.

2. Sachliche Berechtigung des Instituts "bG"?

a) Definition des Begriffes "bG":

Nach Ansicht mancher Autoren¹⁾ sei ein einheitlicher Begriff des "bGes" schon deswegen in Frage gestellt, weil darunter so verschiedenartig strukturierte Lebensverhältnisse zusammengefaßt seien, daß es unmöglich sei, einheitliche Regeln dafür aufzustellen. Eine Reihe von Eigenheiten führe dazu, daß jedes dieser Verhältnisse gesondert betrachtet werden müsse.²⁾ Zudem verliere heute das "bG" generell seine Konturen gegenüber dem allgemeinen Staat-Bürger-Verhältnis, da auch in bestimmten Bereichen des letzteren eine enge Beziehung des Bürgers zum Staat bestehe.³⁾

-
- 1) vgl. Thieme JZ 1964, 81 ff.; HochschulR S. 39 f.; Münch, Diss. S. 16; ZBR 1959, 209; Reimer, Diss. S. 28; Selmer JuS 1968, 498; Martens ZBR 1970, 197; Ehmke, VVDStRL 23, 258.
 - 2) vgl. Ehmke VVDStRL 23, 258: "Man müßte auch herunterkommen von dem allgemeinen Begriff des besonderen Gewaltverhältnisses, von dem einmal gesagt worden ist, seine eigentliche Funktion sei es, die Zuchthäusler, die Irren und die Professoren in eine Kategorie zu bringen." Weiterhin Fuß DÖV 1972, 766: Mit der Verabschiedung des "bGes" werde auch die Sichtblende beseitigt, die den Blick für die besonderen Eigentümlichkeiten und Probleme des einzelnen bislang unter der Kategorie des "bGes" zusammengefaßten Verwaltungsrechtsverhältnisse verstelle.
 - 3) vgl. Thieme JZ 1964, 83 unter Hinweis auf den Straßenverkehr.

Der erste Problemkreis liegt daher auf der Hand. Läßt sich gegenwärtig noch eine abstrakte, allgemeingültige Definition des Begriffes "bG" finden, die einen klaren Aussagewert beinhaltet und sich deutlich vom Begriff des "aGes" abhebt? Oder weisen Beamten-, Schulverhältnis etc. hierfür eine zu unterschiedliche soziologische Struktur auf, sind in Teilbereichen dem "aG" zu sehr angenähert? Mit Hilfe gemeinsamer soziologischer Strukturmerkmale wird versucht, einen einheitlichen Begriff des "bGes" zu gewinnen.

b) Geltung verfassungsrechtlicher Prinzipien innerhalb des "bGes":

Ist auf diese Weise der Bereich des "bGes" abgesteckt, knüpft sich daran die Frage nach den hier geltenden besonderen Regeln. Sind im Gegensatz zum "aG" im "bG" Verfassungsbestimmungen ganz oder teilweise außer Kraft gesetzt? Gelten das Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes, die Grundrechte und das Rechtsschutzgebot tatsächlich nicht oder nur eingeschränkt? Bestünde eine solche Sonderbehandlung bestimmter Gesellschaftsbereiche, ließe sich das Institut des "bGes" auch dann noch aufrechterhalten, wenn die obige Frage nach einheitlichen Definitionsmerkmalen verneint worden wäre¹⁾ Man wird jedoch annehmen müssen, daß zwischen beiden Problemkreisen eine Abhängigkeit in dem Sinne besteht, daß gerade die besondere soziale Struktur die rechtliche Andersbehandlung gegenüber dem "aG" bedingt.

Der überwiegende Teil der Literatur und der Rechtsprechung bejaht auch insoweit die Existenzberechtigung des "bGes".²⁾ Argumentiert wird meist mit der Notwendigkeit der gemeinsamen rechtlichen Sonderbehandlung für die Aufrechterhaltung des staatlichen Ordnungsgefüges. Dagegen wird eingewandt, daß eine solche, nur historisch verständliche Sonderbehand-

1) Der Aussagewert des Begriffes "bG" erschöpft sich dann darin, daß in diesem Bereich dieser oder jener verfassungsrechtliche Grundsatz nicht oder nur modifiziert gilt. Darüber, wann eine Lebensordnung darunter fällt, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, gibt er keine Auskunft.

2) vgl. die ausführlichen Angaben bei Paetzold, Diss. S. 31 f., vor allem Kellner DÖV 1963, 419; Schlegl, Diss. S. 13.

lung gegen die Verfassung verstoße. Das "bG" im überkommenen Sinne sei mit dem Grundgesetz nicht vereinbar.¹⁾

In den Kapiteln 2 - 4 setzt sich die Arbeit mit dieser Problematik auseinander und beantwortet die Frage der Rechtfertigung verfassungsrechtlicher Sonderbehandlung des "bGes" gegenüber dem "aG". Sie beschränkt sich auf den Bereich der "bGe". Nicht behandelt wird das gesamte Organisationsrecht, d.h. die mannigfachen Beziehungen der Staatsorgane untereinander, also Einrichtung und Ausgestaltung der staatlichen Organisation.²⁾ Obwohl sich gerade im Beamtenrecht Überschneidungen nicht vermeiden lassen, wird an der grundsätzlichen Trennung zwischen "bG" und Organisationsrecht festgehalten.³⁾

1) so Abelein, ZfPol 1967, 332; vgl. weiterhin Fuß DÖV 1972, 774, der ausführt, daß es höchste Zeit sei, diesen Fremdkörper in unserem rechtsstaatlichen und demokratischen Verwaltungerecht endlich den Garaus zu machen. Rinken JuS 1968, 258 spricht von der "fossilen Kategorie des "bGes""; so auch Rüfner, Formen S. 306 f.; Rupp, Grundfragen S. 78; Brohm DÖV 1964, 238; Jesch, Gesetz S. 206 f.; Der Franzose Fromont (S. 112) kritisiert die Lehre vom "bG" als "einen sehr dunklen und rätselhaften Anblick". Sie komme "einem Überleben des Regimes des sog. Polizeistaates gleich". Nach Ulmer, Diss. S. 11 paßt das "bG" als "Schema vergangener Tage nicht mehr recht in die heutige Zeit". Röhl JZ 1954, 66 meint, den "rechtsstaatlichen Erfordernissen würde es besser entsprechen, den Strafvollzug durch Gesetz zu regeln". Vgl. auch BVerfG NJW 1972, 811 ff. (zit. oben S. 9 Fußn. 2). Bachof VVDStRL 12, 56 spricht von einem teilweisen Versagen rechtsstaatlicher Sicherungen im "bG". Köttgen, Freiheitsschutz S. 354 lehnt es wegen Art. 20 GG ab, die unfreiwilligen "bGe" zu den "bGen" zu zählen, da dies die Grundrechtsgeltung verbiete. Vgl. noch Maetzel DÖV 1970, 460; Maunz, StR S. 152.

2) zu diesem Problemkreis vgl. ausführlich Baedeker, Diss. S. 1 ff.; Böckenförde, Organisationsgewalt S. 1 m.w.N.; Mallmann VVDStRL 19, 165 ff.; Zeidler VVDStRL 19, 208 ff.; Ermacora VVDStRL 16, 191 ff.; Köttgen VVDStRL 16, 154 ff.; Hamann-Lenz S. 99 m.w.N.; Obermayer DVBl 1959, 354 ff.; Jesch AöR 84, 74 ff.; Rasch, Verwaltungsorganisation S. 144 ff.; DÖV 1957, 337 ff.; Spanner DÖV 1957, 640 ff.; Forsthoff, Lehrb. S. 430 ff.; Böckenförde-Grawert AöR 95, 23 ff. m.w.N.; Ossenbühl AöR 92, 1 ff..

3) Für eine deutliche Abhebung der Organisationsvorschriften vom Bereich der "bGe" auch Nafpliotis, Diss. S. 18 und S. 26.

C. Entstehung und Entwicklung des "bGes"

Der Begriff des "bGes" entstand etwa in der Mitte des 19. Jh..¹⁾ Er ist eine Schöpfung der Theorie.²⁾ In der Gesetzes-
sprache findet man den Ausdruck nur in Art. 61 des Entwurfs
der württembergischen Verwaltungsrechtsordnung von 1931³⁾,
wo festgelegt ist, daß die "Anordnungen innerhalb besonderer
Gewaltverhältnisse nicht als Verwaltungsakte i.S. des Ent-
wurfs zu gelten haben".

Erstmals unterscheidet Schmitthenner⁴⁾ zwischen dem Staats-
dienerverhältnis und dem Forderungsverhältnis. Er versteht
das Staatsdienerverhältnis als "organisches Subjektionsver-
hältnis". Gekennzeichnet sei es durch einen über das bloße
Rechtsverhältnis hinausgehenden sittlichen Charakter.⁵⁾ Sein
spezifisches Merkmal bestehe darin, "daß es das Prinzip sei-
ner Bestimmung und Entwicklung als Seele in sich trage im
Gegensatz zum obligatorischen Verhältnis, welches von außen,
von menschlicher Willkür seine Bestimmung empfangt".⁶⁾ Ge-

-
- 1) Die historische Wurzel des "bGes" wird letztlich in der
altgermanischen Gefolgschaft gesehen, zumindest was die
"bGe" der Beamten und Soldaten anbelangt. Vgl. hierzu
Krüger VVDStRL 15, 115; Dame, Diss. S. 9; Köhl ZBR 1957,
121; vor allem die umfassende Darstellung bei Paetzold,
Diss. S. 13 ff.
 - 2) Dagegen Wacke, VVDStRL 15, 207, der bereits in § 2, Zehn-
ter Titel des Zweiten Teils des preußischen allgemeinen
Landrechts von 1794 eine Legaldefinition des "bGes" sieht.
(§ 2 II 10 ALR: "Sie (Militär- und Zivilbediente) sind
außer den allgemeinen Untertanenpflichten dem Oberhaupte
des Staates zu besonderer Treue und Gehorsam verpflichtet.")

Wacke ist insoweit zuzustimmen als hier bereits eine deut-
liche Abhebung eines bestimmten Verhältnisses vom allge-
meinen Untertanenverhältnis zutage tritt. Doch wurde we-
der der Begriff "bG" gebraucht noch seine umfassenden ju-
ristischen Besonderheiten klargestellt.

- 3) Er ist niemals in Kraft getreten.
- 4) S. 275 ff..
- 5) Schmitthenner spricht von tausend Pflichten: Treue, Gehor-
sam etc.. Vgl. auch Gerber, Grundzüge S. 457, der das Spe-
zifische des Subjektionsverhältnisses in seiner "organisch-
sittlichen Grundlage" sieht. Schulze, Lb. S. 319 f. be-
zeichnet den Beamtendienst als "höheren sittlichen Beruf",
der die Hingabe der ganzen Arbeitskraft fordere.
- 6) S. 278.

genstand der Obligation seien bestimmte einzelne Handlungen, Objekt der Herrschaft jedoch die Person als Ganzes.¹⁾ Als weiteres Abgrenzungskriterium diene der positive Zwang im Staatsdienerverhältnis, dem der negative der Obligation gegenüberstehe.²⁾

Ähnlich trifft Ehrenberg³⁾ die Unterscheidung. Den dinglichen stellt er die persönlichen Rechte gegenüber. Dingliches Recht sei Gewaltrecht, Gewaltrecht sei Hoheitsrecht. Ehrenberg formuliert: "Das Hoheitsrecht ist das dingliche Recht des öffentlichen Rechts, das dingliche Recht das Hoheitsrecht des Privatrechts."⁴⁾ Darin sieht er das spezifische Merkmal des Gewaltrechts. Beide Verhältnisse gewähren eine absolute, einseitige Gewalt. Ein Gewaltverhältnis liege aber nur dann vor, wenn diese Gewalt über das Objekt vorhanden sei, also ein Verhältnis der Unterordnung bestehe. Dies sei dann der Fall, wenn der Berechtigte befugt sei, seinen Willen gegenüber dem Objekt durch Zwang, disziplinarische durchzusetzen und für beide Teile der Rechtsweg ausgeschlossen sei. Daraus folge, daß im Privatrecht kein Gewaltverhältnis mehr möglich sei.⁵⁾

Anlehnend an Schmitthenner entwickelt Laband⁶⁾ anhand des Beamtenverhältnisses den Begriff des "bGes" zu einem eigenständigen Rechtsinstitut und hebt ihn deutlich vom allgemeinen Staat-Bürger-Verhältnis ab.⁷⁾ Das Dienstverhältnis des

1) Demgemäß definiert er Herrschaft (Gewalt) als die Möglichkeit, in Form von Aufhebung und Beschränkung über die Freiheit einer Person bestimmen zu können.

2) Als Beispiel bringt er einerseits die Konventionalstrafe, andererseits die Selbsthilfe.

3) S. 43 ff., 143 ff..

4) S. 143.

5) Die frühere väterliche Gewalt, die ein Tötungs- und Veräußerungsrecht des Kindes einschloß, hat sich in ein bloßes Vertretungsverhältnis gewandelt. Vgl. Rehm S. 151.

6) StR (1) I S. 386 ff.; Kultur S. 331 f..

7) Mayer VerwR (1) I S. 102 Anm. 21 spricht davon, daß Laband den Begriff des "bGes" erstmals erfolgreich verwertet habe, indem er das Beamtenverhältnis und später (VerwR (5) I S. 433) das Soldatenverhältnis damit charakterisierte.

Staatsbeamten zum Staat sei der Vassalität des Mittelalters ähnlich. Ebenso wie zwischen Lehnsherrn und Lehnsmann bestehe auch hier ein Gewaltverhältnis, "welches ethischer Natur sei, auf besonderer Treue und Ergebenheit beruhe, eine besondere Dienstpflicht begründe"¹⁾. Jedoch sei dieses, durch Vertrag begründete Verhältnis nicht öffentlich-rechtlicher, sondern privatrechtlicher Natur. Als Folge dieses Vergleichs stellt Laband dem allgemeinen Gewaltverhältnis das "obligatorische Contractverhältnis" des Beamten gegenüber.

Weiterentwickelt wurde das Institut des "bGes" von Rosin.²⁾ Er definiert die Gewalt als ein Recht aus eigener Macht. Hier finde die Willensmacht der bestimmenden Persönlichkeit ihren rechtlichen Grund in sich selbst; sie bestimme den Willen des anderen aus eigener Macht.³⁾

Bei den Forderungsrechten sei dagegen das prius die Willensbetätigung der verpflichteten Person, indem sie der anderen die Macht einräume, über ihren Willen zu bestimmen. Das Rechtsverhältnis zwischen Staat und Untertan bezeichnet er als ein großes Gewaltverhältnis.⁴⁾ Im Vergleich mit dem Beamtenverhältnis anerkennt er auch das Rechtsinstitut der Anstalt⁵⁾ als "bG".⁶⁾ Sei dieses Verhältnis durch den Willen der Mitglieder einmal begründet, insoweit die historische Be-

1) StR (1) I S. 387.

2) Rosin H. S. 292 ff..

3) zust. Seydel S. 329 f.; Kelsen, Hauptprobleme S. 226 f.; Waldecker, Allg. Staatslehre S. 128 f..

4) Bsp.: Die Staatsverwaltung hat das Recht, vom Untertanen Sachleistungen zu verlangen. Daran zeige sich, daß die rechtliche Willensmacht ihre Ursache nicht in dem Willen der verpflichteten Persönlichkeit, sondern in der eigenen Macht der Staatsverwaltung habe. Vgl. auch Thoma, Polizeibefehl S. 17 ff., der von "besonderen subjektiven Befehlsrechten" spricht.

5) Rosin verwendet den Begriff "Kooperation", was dasselbe besagt.

6) so auch Fleiner, Inst. (1) S. 139 f. für Schule, Heer und Zuchthaus; vgl. auch Otto Mayer, zit. bei Thieme DÖV 1956, 522: "Das ganze Verhältnis des Staates zu den Untertanen ist ein großes Gewaltverhältnis. Daraus treten engere Kreise hervor, für welche das Gewaltverhältnis eine besonders scharfe Ausprägung erhalten hat." Beispiele seien die Dienst-, Überwachungs-, Anstaltsgewalt. Vgl. auch Gerber, Grundzüge S. 45 ff..

dingung gesetzt, entstehe ein Unterordnungsverhältnis mit dem oben dargelegten Gewaltrecht. Der Unterschied dieser nach Umfang und Inhalt verschiedenen Gewaltrechte gründe allein in ihrem Zweck. Damit unterscheide sich auch das Gewaltrecht des Herrschers allein durch seinen umfassenden Zweck, dem "nationalen Gemeinzwirk", von den übrigen Gewaltrechten.

Nawiasky¹⁾ bildet den Abschluß dieser Entwicklung. Das Essentielle des Gewaltverhältnisses sei die einseitige Festlegung von Pflichten durch den Willen des Übergeordneten. Sie erfolge durch Befehl, dem der Gehorsam des Unterworfenen entspreche. Wesentlich sei dabei, daß dem Berechtigten nicht ein einzelner, inhaltlich genau bestimmter Anspruch gegen den Verpflichteten zustehe, sondern daß die Rechtsordnung ihm einen Rahmen gewähre, durch den seine Rechte umgrenzt seien, und es dem Berechtigten überlassen bleibe, innerhalb dieses Rahmens von Fall zu Fall den Inhalt des geltend gemachten Anspruchs und damit die Verpflichtung des unterworfenen Teils festzulegen. Das Gewaltverhältnis stehe somit im Gegensatz zum Forderungsverhältnis, in dem dem Berechtigten ein inhaltlich genau bestimmter Anspruch gegen den Verpflichteten zustehe. Aufgrund dieser Definition folgert Nawiasky zweierlei. Erstens sieht er Gewalt- und Forderungsverhältnis als Endpunkte einer Reihe von Übergängen und zweitens, was viel wesentlicher ist, betrachtet er das Gewaltverhältnis bereits als Rechtsverhältnis.

D. Begriff und Wesen des "bGes" im Meinungsstreit

1. Übersicht (Gliederung nach materiellen Gesichtspunkten):

a) Personale Prägung:

Ein Teil der Literatur sieht die materielle Besonderheit des "bGes" gegenüber dem "aG" in seiner Personalität. Die besondere

1) Zitelmann-F. S. 35 f.; Postrecht S. 1 ff..

Gewalt sei ihrem Ursprung nach eine "Haus- und Herrengewalt", also eine persönliche Gewalt. Dieser persönliche Charakter erkläre auch die Erscheinungen wie Fürsorge- und Treuepflicht, was die besondere Gewalt als ein materielles aliud gegenüber der sachlichen und institutionellen Staatsgewalt ausweise.¹⁾

b) Ausstattung mit Disziplinargewalt:

Nach Jellinek²⁾ besteht das wesentliche Unterscheidungsmerkmal zwischen "bG" und "aG" in der Ausstattung des ersteren mit Disziplinargewalt und der Möglichkeit des Ausstoßens.³⁾

c) Erweiterung des Pflichtenkreises:

Einige Autoren ziehen als Kriterium heran, daß dem Gewaltunterworfenen besondere, über die allgemeinen Untertanenpflichten hinausgehende Pflichten zugewiesen sind. So erläutert Grube anhand des "bGes" des Staatsdienstes: Man könne sagen, daß der Staatsdienst ein Zustand der Unterwürfigkeit unter die Staatsgewalt darstelle, der sich von der allgemeinen (durch die bloße Staatsangehörigkeit begründeten) Unterworfenheit unter die Staatsgewalt dadurch unterscheide, daß der nur Staatsangehörige einzelne, gemessene, der Beamte ungemessene Dienste leiste.⁴⁾ Nicht also im Rechte des Staates, sondern in dessen Ausübung liege die Steigerung der allgemeinen Pflichten der Staatsangehörigen zu den besonderen Pflichten des Beam-

1) So Krüger VVDStRL 15, 109 f., der allerdings auch eine strukturelle Besonderheit anerkennt. Nach ihm ist die Gewalt im "bG" "unverfaßt" und "elementar", während die Staatsgewalt heute stets verfaßte Gewalt darstellt. Ähnlich Münch, Diss. S. 15, der einen funktionalen Unterschied zwischen "aG" und "bG" nur in der besonderen Gewalt sieht. Nach Ermacora DÖV 1956, 529 ist die personale Prägung nur für einen Teil der "bGe" charakteristisch. Er differenziert zwischen "patrimonialen" und "modernen" "bGen". Die ersteren nur seien durch ideelle Momente wie Treue, Disziplin, Gehorsam gekennzeichnet. Die letzteren dagegen umfaßten im wesentlichen die Einrichtungen der Daseinsvorsorge, wie berufsständische Interessenvertretungen, Verkehrsbetriebe, Gaswerke, Sozialversicherungsträger.

2) System S. 216.

3) vgl. auch Haenel, StR I S. 458 f.; Mayer, Diss. S. 16 ff., 31 ff..

4) Diss. S. 16.

ten.¹⁾

d) Blankettgewalt:

Freudenberger²⁾ definiert das "bG" als ein "Normensystem, das aufgrund eines von der Rechtsordnung für einen bestimmten internen Staatszweck gegebenen Blanketts erlassen ist". Die staatsimmanente, zweckbegrenzte Teilrechtsordnung verzichte auf eine besondere gesetzliche Regelung der besonderen Pflichten. Die Ausfüllung des Blanketts sei der Verwaltung überlassen. Aus diesem Blankettcharakter des "bGes" ergebe sich eine ganz andere Stellung des Gewaltunterworfenen, andere Rechtmäßigkeitsregeln, andere Unrechtsfolgen.³⁾

e) Verschärfte Abhängigkeit:

Mayer⁴⁾ bezeichnet als Gewaltverhältnis die umfassende rechtliche Abhängigkeit, in der der Untertan zum Staat steht. Unter "bG" versteht er die "verschärfte Abhängigkeit, welche zugunsten eines bestimmten Zweckes öffentlicher Verwaltung begründet wird für alle Einzelnen, die in den vorgesehenen

1) vgl. auch Fleiner, Inst. (8) S. 140 f.; Spannagel, Diss. S. 59; Röhrs S. 14 Anm. 2.

Zum gleichen Ergebnis kommt Jellinek aufgrund seiner Statuslehre. Nach ihm (System S. 87) kennzeichnen vier Status die Gliedstellung des Individuums zum Staat: status negativus = Freiheit vom Staat; status passivus = Leistung an den Staat; status positivus = Forderung an den Staat; status activus = Leistungen für den Staat. Charakteristisch für das "bG" sei nun, daß der status negativus ganz oder teilweise außer Kraft gesetzt werde. Im Beamtenverhältnis äußere sich das in der Weise, daß im Interesse des Dienstes und der Standesehre das rechtliche Dürfen des Beamten Beschränkungen unterworfen sei (so aaO S. 113; vgl. auch S. 112: "Minderung der Freiheitssphäre"). Als konsequente Folge erweitere sich auch der status passivus. Wolff, VerwR I S. 200 differenziert weiter und sieht im "bG" auch eine Erweiterung des status positivus (Alimentation, Fürsorgepflicht des Dienstherrn beim Beamten) und eine Stärkung des status activus (intensivere Mitwirkung bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch den Beamten). Vgl. auch Donle, Diss. S. 13.

2) Beiträge, S. 172 ff..

3) vgl. auch Vogel, Diss. S. 15; Götzl, Diss. S. 22; Gernert, Diss. S. 22; Kahn, Diss. S. 12 ff.; Nawiasky Zitelmann-F. S. 35 f., Postrecht S. 1 ff..

4) VerwR (1) S. 209 Fußn. 13; (3) I S. 101 f.; AöR 3, 53.

besonderen Zusammenhang treten".¹⁾

f) Eingliederung in die Verwaltung:

Obermayer²⁾ versteht unter "bG" ein "öffentlich-rechtliches Unterwerfungsverhältnis im Bereich des Verwaltungsrechtes, in dem eine Person als integrierendes Glied des Verwaltungsapparates zugunsten eines bestimmten Verwaltungszweckes für eine gewisse Dauer unter einer unmittelbaren tatsächlichen Leitung der öffentlichen Gewalt steht". Die Gliedschaft bestehe damit in einer unmittelbaren aktiven oder passiven Mitwirkung am Verwaltungsvollzug. So sei das Beamtenverhältnis durch eine aktive Gliedschaft, die Strafanstalten und die meisten Ausbildungsverhältnisse durch eine passive Gliedschaft gekennzeichnet. Eine Verbindung zwischen beiden liege in der Hochschule vor, da der Lehrbetrieb einerseits an den Studenten durchgeführt werde; diese aber auch andererseits die akademische Selbstverwaltung beeinflussen.³⁾

g) Abgegrenzter Adressatenkreis:

Sasse⁴⁾ sieht das Kriterium des "bGes" in dem zahlenmäßig beschränkten Kreis der Zugehörigen.⁵⁾ Stets sei mit oder ohne räumliche Geschlossenheit ein fester, d.h. umgrenzter Personenkreis erforderlich.

h) Differenzierung zwischen tatsächlicher und rechtlicher Natur:

Podlech⁶⁾ unterscheidet zwischen den tatsächlichen Merkmalen,

1) vgl. auch Forsthof, Lehrb. S. 127.

2) VA S. 86.

3) Auch Ule VVDStRL 15, 151 ff. charakterisiert das "bG" durch die Eigenart, daß der einzelne mit der Begründung des "bGes" in aller Regel einem "Betrieb" eingeordnet werde. Bei den Dienstverhältnissen diene der Gewaltunterworfenene dem Betrieb. Er sei selbst ein persönliches Mittel, mit dem die dem Betrieb gestellten Aufgaben erfüllt werden. Bei den Anstaltsverhältnissen dagegen sei zwar der Betrieb für ihn da, doch werde er auch selbst dem Betrieb eingefügt, da dieser ohne eine Bindung der Anstaltsbenutzer an die "Betriebsordnung" seine Aufgabe nicht erfüllen könnte.

4) Diss. S. 11.

5) Merkl VerwR S. 130 konzidiert zwar einen Unterschied zwischen "aG" und "bG" im Umfang des Kreises der Verpflichteten, doch dieser sei belanglos.

6) Gewissensfreiheit S. 44 ff..

durch die ein "bG" definiert wird und den daran knüpfenden rechtlichen Folgen. Die Begriffsbestimmung entnimmt er dem ersten Bereich. Als Leitgebilde des Ausdrucks "bG" verwendet er die Grundschulen. Er gelangt hier zu folgendem Charakteristikum: "Grundschulen sind primäre, formale, nicht völlig geschlossene, soziale Gebilde. Sie besitzen mindestens zwei Mitgliederklassen, nämlich Lehrer und Schüler. Die Mitgliedschaft der Schüler beruht auf mindestens relativer Zwangsbasis. Alle Schüler einer Schule stehen zu allen Lehrern der Schule in einem diffusen Unterordnungsverhältnis".¹⁾ Aufgrund dieser strukturellen Erkenntnis definiert er "bG" als "primäres, formales, soziales Gebilde, dessen Mitglieder zu einem oder mehreren öffentlichen Organen in einem diffusen Unterordnungsverhältnis stehen"²⁾.

Paetzold³⁾ geht von der rechtlichen Natur des "bGes" aus, indem er die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, Erforderlichkeit und Geeignetheit zugrunde legt. Demnach sei es dem Staat nur gestattet, im Rahmen eines "bGes" tätig zu werden, wenn

- a) dieser Weg geeignet ist, den erstrebten Zweck zu erreichen;
- b) der Zweck im Rahmen des "aGes" nicht oder nicht in ausreichendem Maße zu verwirklichen ist, die mit dem "bG" zur Verfügung stehenden erweiterten Möglichkeiten also erforderlich sind, um die Erreichung des Zweckes zu gewährleisten;
- c) das Mittel "bG" mit der Folge einer gegenüber dem "aG" weitergehenden Beschränkung der individuellen Freiheitssphäre des einzelnen nicht außer Verhältnis zu dem verfolgten Verwaltungszweck steht"⁴⁾.

Dies sei dann der Fall, wenn der Bürger zum Staat in solch eine Nähe gerückt sei, daß die ergehenden Maßnahmen gegenüber ihm weder der Zahl noch der Art nach voraussehbar und

1) aaO S. 57.

2) aaO S. 70; zum Kreis der "bGe" nach seinen vorgeschlagenen Kriterien vgl. S. 151 ff..

3) Diss. S. 119 ff..

4) aaO S. 125.

normierbar seien. So gelangt Paetzold zu folgender Definition des "bGes": "Als bes. GVe sind demnach, vorbehaltlich einer abweichenden gesetzlichen Regelung, diejenigen öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisse subordinationsrechtlicher Art anzusehen, die aufgrund der Tatsache einer vom allg. GV abweichenden rechtlichen Behandlung bedürfen, daß die Verwaltung zur Erreichung eines Verwaltungszieles in eine enge, personal geprägte Beziehung von gewisser Dauer (Näheverhältnis) zum einzelnen treten muß. Sofern diese Voraussetzungen nicht gegeben sind, handelt es sich um dem allg. GV angehörende Rechtsverhältnisse."¹⁾

2. Kritik:

Dieser kurze Literaturaufriß zeigt, daß selbst bei den Verfechtern der Lehre vom "bG" die Begriffsdefinition äußerst umstritten ist.²⁾ Angesichts der Fragwürdigkeit ihrer Definitionsmerkmale wie Nähebeziehung, personale Bindung, verschärfte Abhängigkeit, begrenzter Personenkreis etc.³⁾ ist zu untersuchen, ob sich eine der Begriffsbestimmungen aufrechterhalten läßt, ob der Begriff neu zu definieren ist oder ob er mangels eigenen Inhalts gegenüber dem "aG" aufgegeben werden muß. Die nachfolgenden Ausführungen im Rahmen der eigenen Begriffsbildung setzen sich kritisch mit dieser Problematik auseinander.

1) Diss. S. 165; zur Subsumtion unter diesen Begriff vgl. S. 177 ff..

2) vgl. Bach NJW 1963, 1764, der von einem "schillernden Begriff" spricht. Nach Hamann-Lenz S. 122 ist zu beachten, daß "der Begriff des "bGes" alles andere als eindeutig" ist. Redeker JZ 1954, 627: "Kein Begriff des modernen Verwaltungsrechts ist unklarer und schillernder als der des "bGes". es fehlt zur Zeit jede klärende Begriffsbestimmung".

3) vgl. die ausführliche Kritik bei Paetzold, Diss. S. 128 ff..

E. Eigene Begriffsbildung

1. Methodische Darlegung

Die Untersuchung beschränkt sich auf die vier klassischen¹⁾ "bGe", die allgemein anerkannt und auch in der Verfassung angesprochen sind, das Beamten-²⁾, Schul-³⁾, Strafvollzugs-⁴⁾

- 1) zu diesem Ausdruck vgl. Ullmann, Diss. S. 112; Paetzold, Diss. S. 232.
- 2) Ausdrückliche Bezeichnung bei: Böttcher, Diss. S. 52; Bornhak, Staatsrecht II S. 22; Böckenförde-Grawert AöR 95, 7; Erichsen, Wolff-F. S. 239; Evers, Gewaltverh. S. 5; Ermacora DÖV 1956, 530; Fischbach DÖV 1951, 454; Fuß DÖV 1972, 767; Grube, Diss. S. 15; Hamel S. 51; Jellinek, VerwR (3) S. 122; Jeglin, Diss. S. 122; Kleiser, Diss. S. 139; Koellreutter DÖV 1951, 470; Kröger, Diss. S. 30; Krüger ZBR 1956, 310; Krüger BayerBZ 1950, 238; Lauxmann, Diss. S. 55; Lorenz S. 29; Münch, Diss. S. 16; Oeltze, Diss. S. 57; Thieme DÖV 1956, 522; Winkler, Diss. S. 37; BVerfGE 15, 167 ff. (199); 3, 58 ff. (153); BVerwG NJW 1961, 1323 ff. (1325); DÖV 1964, 630 ff. (631); BayerVGH VerwRspr 7, 664 f. (665); OVG Münster DÖV 1963, 27 ff. (27).
- 3) Ausdrückliche Bezeichnung bei: Erichsen, Wolff-F. S. 239; Evers, Gewaltverh. S. 5; Fleiner, Inst. (8) S. 165; Grube, Diss. S. 29; Hamel S. 51; Kleiser, Diss. S. 139; Krüger ZBR 1956, 310; Lang, Diss. S. 29; Leisner DVBl 1960, 617; Lorenz S. 29; Münch ZBR 1959, 210; Nafpliotis, Diss. S. 40; Reimer, Diss. S. 13; Rehmert, Diss. S. 85; Podlech, Gewissensfreiheit S. 48; Starck ZRP 1969, 147; Winkler, Diss. S. 37; BVerwGE 1, 263 ff. (264); 5, 153 ff. (154); 1, 260 ff. (260); HessStGH DÖV 1966, 51 ff. (52); DÖV 1971, 201 ff. (202); BayVerfGH VGHE II 20, 1 ff. (4); VGH Bad.-Württbg. ESVGH 11, 5 ff. (6); LVG Düsseldorf DVBl 1954, 583 f. (583); VG Freiburg DVBl 1966, 870 ff. (871).
- 4) Ausdrückliche Bezeichnung bei: Brohm DÖV 1964, 238; Erichsen, Wolff-F. S. 239; Evers, Gewaltverh. S. 5; Grube, Diss. S. 29; Grünhut S. 18; Fleiner Inst. (8) S. 165; Freudenberger, Beiträge S. 175; Jellinek VerwR (3) S. 122; Jacobi ZStrW 50, 387; Hamel S. 51; Kahn, Diss. S. 14; Krüger VVDStRL 15, 128; Ipsen VVDStRL 15, 201; Leisner DVBl 1960, 624; Nafpliotis, Diss. S. 46; Münch, Diss. S. 37; Obermayer, VA S. 85, 113, 165; Perschel S. 5/6; Starck ZRP 1969, 147; Tiedemann, Diss. S. 92; Thieme JZ 1964, 82; Ule VVDStRL 15, 138; Würtenberger JZ 1967, 236; Winkler, Diss. S. 51; BayVerfGH NJW 1963, 1774; VerwRspr 10, 270 ff. (274); OLG Braunschweig NJW 1957, 759 f. (760); OLG Oldenburg MDR 1964, 1027 f. (1027); OLG Koblenz NJW 1971, 531 f. (531); OLG Celle NJW 1961, 692 f. (692); OLG Hamburg NJW 1964, 682 f. (682).

und Wehrdienstverhältnis¹⁾. Fehlen hier gemeinsame Kriterien zueinander und in Abgrenzung zum "aG", die den Begriff rechtfertigen vermögen, braucht auf die übrigen, umstrittenen "bGe" nicht mehr eingegangen werden. Der herkömmliche Begriff des "bGes", der sich eben in erster Linie auf die vier klassischen "bGe" bezieht und auch an ihnen entwickelt wurde, wäre ohne eigenständigen sachlichen Inhalt.

Im Rahmen der Begriffsbestimmung soll vorwiegend auf diejenigen Strukturmerkmale Bezug genommen werden, die geeignet sein könnten und teilweise auch verwendet werden, daß "bG" als eigenständiges Rechtsinstitut zu rechtfertigen. Dabei wird nicht zwischen rechtlichen und soziologischen Merkmalen unterschieden, da sich die Bereiche des Rechts und der Soziologie nicht voneinander trennen lassen.²⁾

Der Begriffsdefinition obliegt die Aufgabe, die althergebrachten "bGe" unter einem übergeordneten Begriff zusammenzufassen, so daß nicht vom einzelnen "bG", dem Schul-, Beamtenverhältnis etc, gesprochen werden muß, sondern abstrakt vom "bG", dem alle Lebensverhältnisse unterfallen, die eine bestimmte Struktur aufweisen. Welche Spielregeln in diesem Bereich gelten, inwieweit dort Verfassungsprinzipien außer Kraft gesetzt sind, gehört nicht in die Definition, weil dadurch keine unmittelbare Aussage über die Abgrenzung zu anderen Bereichen erfolgt. Entgegen Paetzold, der seine Definition aus dem rechtlichen Dürfen des Staates, im "bG" tätig zu werden, ableitet und angelehnt an Podlech³⁾ soll der Be-

1) Ausdrückliche Bezeichnung bei: Breitinger, Diss. S. 53; Dowie, Diss. S. 9; Dürig AöR 81, 154; Erichsen, Wolff-F. S. 240; Evers, Gewaltverh. S. 5; Ermacora DÖV 1956, 530; Frank, Diss. S. 118; Giacometti S. 269; Grube, Diss. S. 43; Laband StR (5) I S. 433; Lassar S. 93; Lauxmann, Diss. S. 55; Lerche DVBl 1954, 626; Leisner DVBl 1960, 617; Lorenz S. 29; Hamel S. 51; Heckel, Wehrverfassung S. 181; Kleiser, Diss. S. 129; Krüger ZBR 1956, 310; Meyer DÖV 1954, 68; Münch ZBR 1959, 210; Salzmann S. 56; Ulmer, Diss. S. 23; Ullmann, Diss. S. 94; BVerwGE 18, 283 ff. (285); BVerwG NJW 1966, 364 f. (364).

2) Dies zeigt sich schon am Begriff der Rechtssoziologie. Deshalb ist es nicht verständlich, wenn Thieme JZ 1964, 83 neben der rechtlichen noch von einer möglichen soziologischen Bedeutung des "bGes" spricht.

3) siehe oben S. 21 ff..

griff des "bGes" unabhängig von den in diesem Bereich geltenden Prinzipien bestimmt werden. Erst danach setzt sich die Arbeit mit der verfassungsrechtlichen Problematik auseinander, als Folge der gegenüber dem "aG" möglicherweise anders gearteten Struktur des "bGes".¹⁾ Diese Methode versperrt nicht den Weg einer Lösung, die das "bG" zwar nicht verfassungsrechtlich vom "aG" abhebt, doch aber in seiner strukturellen Eigenart die Eigenständigkeit noch als begründet sieht.²⁾

2. Struktur der einzelnen "bGe"³⁾

a) Gruppe:

Gruppe ist eine Bezeichnung für eine Mehrzahl von Individuen. Zwei oder mehr Individuen bilden dann eine Gruppe, wenn die Beziehungen zwischen ihnen als regelmäßig und ein gewisses zeitliches Moment überdauernd betrachtet werden können, so daß sich von einer integrierten sozialen Struktur sprechen läßt.⁴⁾ Davon abzugrenzen ist also eine bloße Menge, Kate-

1) siehe auch die Ausführungen oben S. 13.

2) So spricht Jäckel S. 79 Fußn. 1 noch von der Bedeutsamkeit als "soziale Figur". Paetzold (oben S. 22) hingegen identifiziert den Begriff des "bGes" schon mit der Einschränkung von verfassungsrechtlichen Grundsätzen. Lehnt man danach generell die Möglichkeit des Staates ab, im "bG" tätig zu werden, erübrigt sich eine Untersuchung über die Struktur.

3) vgl. hierzu nachstehende Literatur:

Schulverhältnis: Bühl; Deyerler; Durkheim; Geipel; Heintz; Lohbauer; Lütken; Müller K.; Peisest; Romberg; Schelsky; Schröder H.; Weiß; Teil 1a und 2;

Strafvollzugsverhältnis: Anders; Floeck-Gradenwitz NJW 1964, 2194 ff.; Graul; Harbordt; Hoppensack; Jaeger H.; Kleintert; Mittermaier; Ohm, Haltungsstile; Persönlichkeitswandlung; Pakesch MSchrKrim 44, 63 ff.; Rollmann; Scheu; Waldemann;

Beamtenverhältnis: Benz; Ronneberger-Rödel; Borch; Tautscher; Röbler-Loschelder; Habermas; Hanel; Hofstätter-Tack; Krause; Morstein-Marx; Rathke;

Wehrverhältnis: Berkhan; Bigler; Binz; Brepohl; Büsch; Cunnis, Soziologie; Wehrverf.; Friedeburg; Karst; König; Pöggeler-Wien; Obermann; Roghmann; Waldmann.

4) vgl. Rumney-Maier S. 92 ff.; Wallner S. 103 ff..

gorie oder momentane Ansammlung von Individuen. Kennzeichen einer "Gruppe" sind die Gemeinsamkeit von Interessen und Leitvorstellung, Verfolgen eines sozialen Zieles, ein mehr oder weniger vorhandenes Wir-Bewußtsein, eine gewisse Beständigkeit in Form einer meßbaren Dauer und eine zumindest latent vorliegende Organisation, die sich besonders in einer sozialen Rangordnung ausdrückt.¹⁾

Gemessen an diesen Kriterien, vor allem der Zielverfolgung, den gemeinsamen Interessen, der meßbaren Dauer unterfallen jeweils die den einzelnen "bGen" zugehörigen Personen²⁾ diesem Begriff. Doch solche Gruppen existieren auf allen wichtigen Lebensgebieten. Organisation ist die Lebensgrundlage unserer Gesellschaft. Sozialen Gruppen gehören auch die Mitglieder der Parteien, Gewerkschaften, Berufs-, Wirtschafts-, Kriegsopfer- und Heimatvertriebenenverbände zu, die keinem "bG" unterworfen sind. Selbst auf die gesamten Bürger eines Staates, die sich also im "aG" befinden, deren Attribute Nationalbewußtsein, Zugehörigkeit zu einer sozialen Schicht³⁾ etc. sind, kann dieser Begriff angewandt werden. Folglich ist er als alleiniges Abgrenzungskriterium des Instituts "bG" unbrauchbar.

b) Formelle Gruppe:

Von einer formellen Gruppe ist dann die Rede, wenn die Beziehungen zwischen den Mitgliedern durch formelle, organisatorische Regelungen herbeigeführt und bestimmt werden.⁴⁾ Charakteristisch ist die formale Organisation, d.h. bewußte Orientierung an einem gemeinsamen Zweck, geplante Koordination von Leistungen, effizientes Zusammenwirken der Leistungsträger,

1) Eine Gruppe wird auch als soziales Gebilde bezeichnet. Dieses wird definiert als "eine Mehrzahl von sozialen Beziehungen, die so untereinander verbunden sind, daß man sie im täglichen Leben als Einheiten deutet" (so Fuchs S. 222). Vgl. auch Fichter S. 125 ff.; Podlech, Gewissensfreiheit S. 50 m.w.N..

2) so die Schüler, Beamten, Strafgefangene, Soldaten.

3) Darin drückt sich die soziale Rangordnung aus.

4) Gegensatz: informelle Gruppe; vgl. Fuchs S. 257/258; Fürstenberg S. 49 f.; Mayntz S.; hinsichtlich des formalen Gebildes vgl. Podlech, Gewissensfreiheit S. 51.

ihre Kontrollierbarkeit durch Organisationsleiter, schriftlich fixierte Regelungen, Schaffung von Über- und Unterordnungsverhältnisse, Mitgliedschaftsrechte und -pflichten. Beamten- und Wehrdienstgesetze, Schulordnungen und Strafvollzugsordnung, hierarchische Struktur, Befehlsrecht und Gehorsampflicht, Zweckverfolgung, besonderer Mitgliedsstatus bedingen, daß die vier "bGe" formelle Gruppen darstellen. Dennoch ist diese gemeinsame Eigenschaft ungeeignet, daß "bG" als eigenständiges Institut zu rechtfertigen. Neben jedem wirtschaftlichen Betrieb, gleichgültig ob in privater oder staatlicher Hand, weist auch das "aG" diese Züge auf. Jeder Staatsbürger ist Mitglied seines Staates. Sein besonderer Status¹⁾ mit speziellen Rechten und Pflichten²⁾ unterscheidet ihn von jedem Ausländer. Er steht in einem Subjektionsverhältnis, unterliegt der staatlichen Rechtsordnung, die sich in Gesetzen und Verordnungen ausdrückt. Der Staat verfolgt einen Zweck, nämlich die Aufrechterhaltung eines geordneten Zusammenlebens seiner Staatsbürger.³⁾

c) Primärgruppe - Sekundärgruppe:

Unter Primärgruppe versteht man jene Gruppe, deren Mitglieder in relativ intimen, vorwiegend emotional bestimmten, direkten und häufig persönlichen Beziehungen zueinander stehen, sich gegenseitig stark beeinflussen und so relativ ähnliche Einstellungen, Wertvorstellungen und Normen entwickeln. Solche Gruppen sind "primär" vor allem in dem Sinne, daß sie den frühesten und grundlegendsten Einfluß auf die Sozialisation und Entwicklung des Individuums ausüben.⁴⁾

Als Sekundärgruppe wird dann eine Gruppe bezeichnet, wenn de-

1) siehe Staatsangehörigkeit.

2) so z.B. Bürgerrecht, vgl. Art. 12 GG.

3) Darunter fällt auch die aus dem Sozialstaatsprinzip gebotene Fürsorgepflicht des Staates für den einzelnen.

4) vgl. zu dieser Definition Fuchs S. 516; Wallner S. 104 ff.; Rumney-Maier S. 103.

Als Beispiele für diese Gruppe werden allgemein genannt: Familie, Freundschaft, Nachbarschaft, traditionell-ländliche Gemeinde.

Fichter S. 79 spricht von "face-to-face"-Gruppe. So auch Podlech, Gewissensfreiheit S. 53.

ren Mitglieder in relativ unpersönlichen, wenig emotionalen Beziehungen miteinander verbunden sind und sie durch bewußte Zweck- und Zielorientierung des Zusammenschlusses und durch rationale Organisation gekennzeichnet ist.¹⁾

Da Schulen, Schulklassen, Gefängnisse, Behörden und Wehrdienst bewußter organisiert sind als z.B. Familien, Freundschaften und Nachbarschaftsverhältnis, die Beziehungen der unterworfenen Personen meist unpersönlich, indirekt, vorübergehend und nicht intim sind, sind sie als Sekundärgruppen aufzufassen.²⁾ Dem widerspricht nicht, daß teilweise Überschneidungen auftreten können, so wenn sich innerhalb einer Sekundärgruppe eine oder mehrere Primärgruppen bilden wie in einer Schulklasse die Freundschaften, Spielgruppen mehrerer Schüler. Diese Merkmale, die eine Sekundärgruppe ausmachen, treffen aber auch auf das "ag" zu, so daß das Kriterium nicht verwendet werden kann.

d) Zweckorientierung:

Aufgeworfen ist die Frage nach dem gemeinsamen oder ähnlichen Zweck der vier "bGe", ob dieser vermag, den Begriff des "bG" noch aufrechtzuerhalten?

Die Schule hat die Funktion der Vorbereitung auf das Erwachsensein, der Bildung und Erziehung des Kindes und des Jugendlichen, vor allem die Erziehung zum autonomen Individuum, zur Steigerung der Gemeinschaftsfähigkeit (Kooperation und Toleranz), zur Mündigkeit in einer demokratischen Gesellschaft.³⁾

1) vgl. hierzu Rumney-Maier S. 103; Wallner S. 106 ff.; Fichter S. 80 f.; Fuchs S. 601.

2) so auch Wallner S. 101, 109 für Gefängnisse, Schulen, Schulklassen und Behörden. Falsch daher Podlech (oben S. 21/22), der zum entgegengesetzten Ergebnis gelangt.

3) vgl. Art. 131 BayVerf:

(1) Die Schulen sollen nicht nur Wissen und Können vermitteln, sondern auch Herz und Charakter bilden.

(2) Oberste Bildungsziele sind Ehrfurcht vor Gott, Achtung vor religiöser Überzeugung und vor der Würde des Menschen, Selbstbeherrschung, Verantwortungsgefühl und Verantwortungsfreudigkeit, Hilfsbereitschaft und Aufgeschlossenheit für alles Wahre, Gute und Schöne.

(3) Die Schüler sind im Geiste der Demokratie, in der Liebe zur bayerischen Heimat und zum deutschen Volk und im Sinne der Völkerverständigung zu erziehen.

Es handelt sich hier um eine Zur-Verfügung-Stellung von Sachmitteln¹⁾ und Personen²⁾ zugunsten des "eingeordneten" Bürgers zur Verwirklichung dieses Zieles. An ihm vollzieht sich der Zweck, indem auf ihn eingewirkt wird.

Anders im Beamtenverhältnis. Die klassische Aufgabe der öffentlichen Verwaltung ist die Aufrechterhaltung von öffentlicher Sicherheit und Ordnung.³⁾ Hinzugetreten ist unter der Geltung des Grundgesetzes und dem in ihm verankerten Sozialstaatsprinzip die allgemeine Wohlfahrtsförderung.⁴⁾ Dies führte zu einer erheblichen Ausweitung der Verwaltung, die nicht mehr bloß vorwiegend als Ordnungsgarant, sondern als Leistungsträger in Erscheinung tritt.⁵⁾ Zur Durchführung dieser Verwaltungsaufgaben, ihrer Ordnung und Lenkung werden in den Beamten menschliche Kräfte zur Verfügung gestellt. Das Beamtentum stellt damit ein Herrschafts- und Verwaltungsinstrument dar. In Abgrenzung zu den anderen öffentlichen Bediensteten dient es besonders der Stabilitätssicherung der Verwaltung, fungiert

(4) Die Mädchen sind außerdem in der Säuglingspflege, Kindererziehung und Hauswirtschaft besonders zu unterweisen.

Art. 56 Abs. 4 HessVerf:

Ziel der Erziehung ist, den jungen Menschen zur sittlichen Persönlichkeit zu bilden, seine berufliche Tüchtigkeit und die politische Verantwortung vorzubereiten zum selbständigen und verantwortlichen Dienst am Volk und der Menschheit durch Ehrfurcht und Nächstenliebe, Achtung und Duldsamkeit, Redlichkeit und Wahrhaftigkeit.

Ähnlich Art. 21 Bad.-Württbg.Verf; Art. 26 BremVerf; Art. 7 Abs. 1 Nordrhein-WestfVerf; Art. 26 Abs. 1 SaarlVerf; Art. 33 Rheinl.-Pf.Verf; vgl. auch die Schulgesetze der einzelnen Länder, besonders § 1 des Schulgesetzes für Berlin mit seiner umfassenden Regelung.

- 1) so Gebäude, Lehrmaterial etc..
- 2) so Lehrer, Hauspersonal.
- 3) so das "laissez-faire"-Prinzip des liberalen Staates des 19. Jh.: Ordnungs- und Eingriffsverwaltung.
- 4) Zumindest wurde damit dieser Aufgabenbereich verfassungsrechtlich abgesichert. Bedingt durch die beginnende Industrialisierung und ihre Weiterentwicklung hatte der Staat bereits Ende des 19. Jh. sozialgestaltende Funktionen übernommen. Vgl. die Sozialgesetze.
- 5) vgl. die allgemeine Formulierung von Sontheimer-Bleck S. 50: "Dem öffentlichen Dienst ist die Aufgabe übertragen, für die Gesellschaft jenes Allgemeine zu leisten, was sie, der Verschiedenartigkeit ihrer besonderen Interessen und Zwecke wegen, nicht selbst leisten kann."

als "ausgleichender Faktor"¹⁾ gegenüber den das Staatsleben gestaltenden wirtschaftlichen und politischen Kräften, gegenüber der dynamischen Wechselhaftigkeit des Parteien- und Gruppenpluralismus.²⁾

Das Beamtenverhältnis unterscheidet sich also vom Schulverhältnis nicht nur durch die Verschiedenartigkeit der zu verfolgenden Zwecke, sondern auch dadurch, daß der Beamte gegensätzlich zum Schüler nicht Zielgegenstand der Zweckverfolgung, sondern Mittel zu ihrer Durchführung bildet, indem mit seiner Hilfe staatliche Aufgaben gegenüber anderen Bürgern vorgenommen werden.

Gleiches gilt für das Wehrverhältnis. Die Aufgabe des Soldaten ist die Sicherung des Friedens und die Verteidigung von Freiheit und Recht. Verfassungsrechtlich und gesetzlich ist eindeutig festgelegt, daß die Streitkräfte ausschließlich zur Erhaltung der freiheitlichen Lebens- und Rechtsordnung als Grundlage des Friedens dienen.³⁾ Sie sollen Gewaltanwendung von außen durch überzeugende Abwehrfähigkeit und glaubhafte Verteidigungsbereitschaft verhindern, indem sie auf diese Weise das Risiko der Selbstbeschädigung dem Angreifer augenscheinlich machen.⁴⁾ Um eine solche Abschreckung wirksam zu gestalten, müssen neben ständiger, weitreichender Aufklärung funktionsfähige, kampfbereite militärische Verbände aufrechterhalten werden. Funktionsfähig ist ein Verband aber nur, wenn er in der Funktion, in der er tätig werden will, ausgebildet ist. Es ist daher das Ziel des Wehrverhältnisses, den Soldaten so auszubilden, daß er zur Verteidigung fähig und bereit

-
- 1) Weber, Gegenwartslage S. 155 u.a. sprechen von "staatstragender und staaterhaltender Kraft".
 - 2) vgl. Wolff VerwR II S. 377: Der Beamte soll "den pluralistischen sozialen Mächten in neutraler Überlegenheit gegenüberüberstehen und seine Entscheidungen allein durch die gerechte, sachliche Richtigkeit bestimmen lassen".
 - 3) vgl. das Verbot des Angriffskrieges in Art. 26 Abs. 1 GG; zur Verteidigung Art. 87a GG; spezieller hierzu § 7 Soldatengesetz: "Der Soldat hat die Pflicht, der Bundesrepublik treu zu dienen und das Recht und die Freiheit des deutschen Volkes tapfer zu verteidigen."
 - 4) vgl. die Worte des ehemaligen Bundesverteidigungsministers Schmidt (zit. nach Berkhan S. 13): "Kämpfen zu können, ist Garantie dagegen, kämpfen zu müssen."

ist, also auch Erziehung zu kämpferischem, persönlichen Einsatz, Mut, Standhaftigkeit und Geduld.

Die Vergleichbarkeit mit dem Beamtenverhältnis besteht zwar nicht in derselben staatlichen Funktion, sondern in der Art und Weise ihrer Ausübung, nämlich durch die unterworfenen Personen als Funktionsträger.

Im Gegensatz dazu und in Parallelität zur Schule steht wiederum das Strafvollzugsverhältnis. Zwangsweise werden zu Freiheitsentzug verurteilte Straftäter zur Abbüßung der Freiheitsstrafe oder von Maßregeln der Sicherung und Besserung in Strafanstalten untergebracht. Ziel ist, die Kriminalität wirksam zu bekämpfen, künftige Straftaten zu vermeiden. Dies geschieht einerseits dadurch, daß dem Täter durch den Strafvollzug seine Schuld eingehend vor Augen geführt wird,¹⁾ andererseits dadurch, daß auf den Täter eingewirkt wird, um ihn der Gemeinschaft wieder zu gewinnen und ihn gegen neue Versuche innerlich widerstandsfähiger zu machen.²⁾ Die Eingliederung in diese Organisation hat also auch den Zweck, in bestimmter Weise auf eine Personengruppe einzuwirken, die deshalb - zumindest vorübergehend - in die Organisation aufgenommen wird, wie im Schulverhältnis.

Die Verschiedenartigkeit des gesetzten öffentlichen Zweckes in den vier "bGen" und der Art seiner Verfolgung hindert, diese Merkmale als gemeinsames Abgrenzungskriterium gegenüber dem "aG" heranzuziehen. Gemeinsam ist lediglich, daß ein öffentlicher Zweck verfolgt wird, was aber auch charakteristisch für das "aG" ist.

1) Schuld-Sühne-Gedanke.

2) Resozialisierungsgedanke.

vgl. insgesamt über Zweck und Ziel des Strafvollzuges
§ 57 DVollzO:

(1) der Vollzug der Freiheitsstrafe soll dazu dienen, die Allgemeinheit zu schützen, dem Gefangenen zu der Einsicht zu verhelfen, daß er für begangenes Unrecht einzustehen hat, und ihn wieder in die Gemeinschaft einzugliedern. Der Vollzug soll den Willen und die Fähigkeit des Gefangenen wecken und stärken, künftig ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben zu führen.

(2) Zur Erreichung dieser Ziele soll der Vollzug auf die Persönlichkeit des Gefangenen abgestellt werden, soll dessen schädlichen Neigungen entgegenwirken und günstige Ansatzpunkte ausnützen.

e) Personenkreis:

Untauglich ist auch der Kreis der gewaltunterworfenen Personen. Zahlenmäßiger Umfang, Alters- und Geschlechtsstruktur in den vier "bGen" sind zu verschieden,¹⁾ um sie diesbezüglich einheitlich gegenüber dem "aG" abheben zu können. Übereinstimmung herrscht lediglich in der Begrenztheit der Personenzahl, doch dies kennzeichnet auch das "aG".²⁾

f) Dauer der Zugehörigkeit:

Ebenfalls ein unterschiedliches Bild liefert die Dauer der Zugehörigkeit zu dem jeweiligen "bG". Die gewöhnliche Schulzeit erstreckt sich auf 9 Jahre (Volksschulabschluß), 10 Jahre (Realschulabschluß) und 13 Jahre (Abitur).³⁾ Der Beamtenanwärter dagegen geht beim Eintritt in den Staatsdienst regelmäßig eine lebenslängliche Bindung ein. Er kann von seinem Dienstherrn grundsätzlich nicht mehr entlassen werden. Mit Vollendung des 27 Lebensjahres wird er meist zum Beamten auf Lebenszeit ernannt.⁴⁾ Im Wehrdienstbereich wird differenziert nach Berufssoldat (lebenslänglich), Zeitsoldat (2 - 15 Jahre) und Wehrpflichtigem (15 Monate).⁵⁾ Im Strafvollzugsverhältnis sind zwischen Freiheitsstrafe von einem Tag bis lebenslänglich alle Abstufungen möglich.⁶⁾ Maßgebend für die Vollzugsdauer ist die Höhe der Strafe und das Verhalten des Gefangenen während der Vollzugszeit.

g) Zwang - Freiwilligkeit:

Die Mitgliedschaft des Schülers beruht überwiegend auf Zwang

1) vgl. hierzu die ausführlichen Angaben zur Schule im Stat. Jahrbuch S. 65; zum Beamtenverhältnis vgl. Stat. BA (Finanzen und Steuern) S. 13; zum Wehrverhältnis vgl. Weißbuch S. 105; zum Strafvollzugsverhältnis vgl. Stat. BA (Bevölkerung und Kultur) S. 25.

2) Beschränkung auf die Personen, die sich im Staatsgebiet aufhalten, falls keine Ausnahmebestimmungen gelten. Vgl. oben S. 7.

3) vgl. die Tabelle im Stat. Jahrbuch S. 65 mit umfassender Analyse.

4) vgl. § 9 Abs. 1 BBG, § 6 Abs. 1 BRRG.

5) vgl. hierzu auch die Analyse im Weißbuch S. 105.

6) vgl. hierzu die ausführliche Untersuchung vom Stat. BA. (Bevölkerung und Kultur) S. 25.

(Schulpflicht).¹⁾ Freiwilligkeit existiert nur im weiterführenden Schulbereich. Der Eintritt in den Staatsdienst dagegen vollzieht sich grundsätzlich nur mit der freiwilligen Entscheidung des einzelnen Bewerbers. Jederzeit kann der Beamte seine Entlassung verlangen,²⁾ wobei allerdings seine Handlungsfreiheit faktisch sehr eingeschränkt ist.³⁾ Im Wehrdienstverhältnis liegt eine freiwillige Entscheidung dem Berufssoldat und Soldat auf Zeit zugrunde. Anders dagegen beim Wehrpflichtigen.⁴⁾ Ausschließlich zwangsweise erfolgt die Unterbringung in die Strafvollzugsanstalten.⁵⁾ Im Ergebnis steht damit fest, daß weder das Kriterium des Zwangs noch das der Freiwilligkeit alle vier "bGe" einheitlich charakterisiert, d.h. beide Merkmale sind zur Abgrenzung gegenüber dem "aG" untauglich.

h) Kontakt nach außen:

Der Schüler ist Angehöriger eines besonderen sozialen Systems, nämlich der Schule. Für ihn absorbiert die Schule den wichtigsten Teil seiner Zeit, seiner physischen und psychischen Kräfte und stellt für ihn als Raum den wichtigsten Ort seiner sozialen Zuordnung und seiner sozialen Selbstbehauptung dar. Schuleintritt bedeutet also für das Kind Eingliederung in einen neuen sozialen Raum. Dadurch verliert es jedoch nicht den Kontakt nach außen. Seine Kommunikation unterliegt nicht völliger Kontrolle der Schulanstalt. Es erfolgt zwar während der Prüfungen eine von den Lehrern zu kontrollierende Begrenzung der Kommunikationen der Schüler mit der Umwelt, indem z.B. der Schüler nicht jederzeit den Unterrichts- oder Prüfungsraum verlassen darf. Nach Schulschluß aber kann er, abgesehen von der Pflicht, die Hausarbeiten anzufertigen, tun

1) Weiß S. 9 spricht von einem sozialen Zwangsgebilde. Podlech, Gewissensfreiheit S. 51 f. differenziert weiter zwischen absoluter und relativer Zwangsmitgliedschaft.

2) vgl. § 30 BBG.

3) siehe S. 175 der Arbeit.

4) vgl. die Bestimmungen des WPflG.

5) vgl. §§ 449 ff., vor allem § 457 StPO.

und lassen, was er möchte.¹⁾

Ähnlich ist die Lage des Beamten. Während der Arbeitszeit ist er verpflichtet, seinen Dienst ordnungsgemäß zu verrichten. Seine Kommunikation ist im wesentlichen beschränkt auf seinen Tätigkeitsbereich. Er kann nicht jederzeit seine Dienststätte verlassen. Nach Dienstschluß ist er zwar grundsätzlich ein freier Mensch wie jeder andere Staatsbürger, unterliegt aber noch gewissen beamtenrechtlichen Pflichten.²⁾

Größeren Restriktionen unterliegt der Soldat, die weitgehend durch die Abgeschlossenheit des Kasernenbereichs bedingt sind. Mit Ausnahme von den Urlaubstagen und freien Wochenenden verbringt er hier Tag und Nacht.³⁾

Er kann aber außerhalb seiner Dienstzeit Besuch empfangen, Ausgang beantragen und so mit anderen Personen in Kontakt treten. Seine Verhaltenspflichten im und außer Dienst gleichen denen des Beamten.⁴⁾

Noch mehr wird der Strafgefangene von der Umwelt abgeschnitten. Für einen bestimmten Zeitraum wird er einem abgeschlossenen System,⁵⁾ der Strafanstalt zugeführt und nach Ablauf dieser Zeit für die Gesellschaft wieder freigegeben. Ihm ist es verboten, die Anstalt eigenmächtig zu verlassen. Spezielle Sicherheitsvorkehrungen⁶⁾ schirmen ihn von der Außenwelt

1) Podlech, Gewissensfreiheit S. 53 differenziert zwischen geschlossenen und offenen Gebilden. Erstere seien soziale Gebilde, deren Kommunikation völlig kontrolliert ist, letztere solche, deren Kommunikation nicht kontrolliert wird bis auf das Minimum, daß der Erwerb der Mitgliedschaft bestimmten Regeln unterliegt. Dazwischen läge eine kontinuierliche Reihe der Übergänge, die er als nicht völlig geschlossene oder nicht völlig offene Gebilde bezeichnet. Die Grundschule sei danach ein nicht völlig geschlossenes Gebilde.

2) vgl. §§ 52 ff. BBG.

3) Der Soldat, der außerhalb der Kaserne wohnt, jeden Tag kommt und geht, bildet die Ausnahme.

4) vgl. §§ 6 ff. SoldatenG.

5) Podlecht, Gewissensfreiheit bezeichnet die Strafanstalten als geschlossene Gebilde (S. 53). Goffmann spricht von "total institutions".

6) Nach dem Sicherheitsgrad werden folgende Anstalten unterschieden:

a) geschlossene Anstalten: Es überwiegt die Einzelhaft. An ihre Sicherheitseinrichtungen (Gitter, Mauern, Wachposten,

ab und verhindern so Einflüsse aus diesem Bereich. Kontaktmöglichkeiten zu außenstehenden Personen wie Familienangehörige sind beschränkt auf Briefverkehr und Besuchszeit, wobei beides der Kontrolle durch die Anstaltsleitung unterliegt. Die Untersuchung zeigt, daß in den jeweiligen "bGen" die Kommunikationsmöglichkeit mit der Umwelt sehr unterschiedlich ausgeprägt ist. Eine einheitliche Beschränkung der Gewaltunterworfenen in ihrem Kontakt nach außen scheidet damit als gemeinsames Abgrenzungskriterium gegenüber dem "aG" aus.

1) Charakteristik der sozialen Beziehungen innerhalb der "bGe":

Angesprochen ist das Verhältnis der Gewaltunterworfenen zum Gewaltherrn, das sich in allen vier Fällen als Subjektionsverhältnis zwischen Bürger und Hoheitsträger (Bund, Land, Gemeinde) darstellt. Auf die Ausgestaltung des Verhältnisses wie z.B. im Schulbereich die Festlegung der Lernziele und Lernmethoden haben die Unterworfenen keinen Einfluß. Zweck, Art und Mittel seiner Verfolgung legt einseitig der Staat fest.¹⁾ Verschieden sind allerdings die Inhalte der getroffenen oder noch zu treffenden Regelungen und Maßnahmen. In der Schule beziehen sie sich auf die Gegenstände und Formen des Unterrichts wie Lehrplan, Lehrmittel, Lehrmethode, Schulsucht; im Beamtenverhältnis auf die Festlegung und Abgrenzung des Aufgabenbereiches im Rahmen der öffentlichen Verwaltung, auf die Art und Weise der Durchführung dieser Aufgaben wie sachliche Handhabung, persönliches Verhalten; im Wehr-

Alarmanlagen) sind hohe Anforderungen gestellt. Weitergehende Trennung und verschärfte Überwachung der Gefangenen während der Arbeitsbeschäftigung und Freizeit.

b) halboffene Anstalten: Hier herrscht Gemeinschaftshaft vor. In der Ruhezeit sind die Gefangenen meist einzeln untergebracht. Beschäftigung innerhalb der Anstalt unter gelockerter Aufsicht. Die Sicherheitsvorkehrungen sind im wesentlichen auf die Begrenzung einzelner Bewegungsbereiche gerichtet.

c) offene Anstalten: Gefangene werden auch außerhalb der Anstalt und ohne besondere Aufsicht beschäftigt. Die Ruhezeit verbringen sie allein. Die Sicherheitseinrichtungen gleichen denen anderer Gemeinschaftsanlagen wie Truppenunterkünfte.

1) Man kann dies als Fremdbestimmung bezeichnen.

dienst auf Verwaltung und Organisation der Bundeswehr wie Ausbildung des Soldaten im Waffengebrauch, Erhaltung von einsatzfähigen, schlagkräftigen Truppen; im Strafvollzug auf die Abbüßung der Strafe wie Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung in der Anstalt, Überwachung des Gefangenen, Anhalten zu Arbeit und Weiterbildung. Notgedrungen richten sich die Beziehungsinhalte nach dem festgesetzten Zweck der "bGe". Unterschiedliche Zwecke¹⁾ bedingen also verschiedene Inhalte. Gemeinsam ist damit allen vier "bGen" nur das Subjektionsverhältnis und der fehlende Einfluß auf seine Ausgestaltung. Gleiches gilt jedoch auch für das "aG". Der Gehorsamspflicht des Staatsbürgers steht die Befehlsgewalt des Staates gegenüber. Umfang und Inhalt der staatlichen Rechtsordnung bestimmt ausschließlich der Staat.²⁾

Zur Begründung der Eigenständigkeit des "bGes" ist teilweise auf Häufigkeit, Intensität und mangelnde Vorhersehbarkeit von Maßnahmen innerhalb dieser Bereiche verwiesen worden. Ungeeignet ist das Häufigkeitsmerkmal. Zwar wird nicht geleugnet, daß die im "bG" stehenden Personen zahlreichen Akten der Staatsgewalt ausgesetzt sind, so z.B. die dauernden Anordnungen an die Schüler, aufzupassen, zu schreiben, zu lesen etc.. Doch auch im "aG" hat gerade die Häufigkeit von Maßnahmen gegenüber dem Staatsbürger derart zugenommen, daß diesbezüglich nicht mehr differenziert werden kann. Man denke nur an die Fülle von Verfügungen im Straßenverkehr wie Verkehrszeichen, Lichtsignale, Handzeichen von Polizisten, an den Gemeingebrauch im Wegerecht, der bereits anstaltliche Züge aufweist und an die sonstigen zahlreichen staatlichen Befehle, mit denen der Staatsbürger im Alltagsleben konfrontiert wird wie z.B. die ständig wiederkehrende Zahlungspflicht von Steuern, Abgaben und Beiträgen.

Gleichfalls unbrauchbar ist das Charakteristikum der unterschiedlichen Intensität der Subjektion. Es äußert sich vor allem in der zwangsweisen und freiwilligen Unterwerfung, in dem

1) siehe oben S. 19 ff..

2) abgesehen vom Einfluß des Staatsbürgers bei der Wahl des Parlaments, der sich gleichermaßen auf die "bGe" erstreckt, da diese Teil der vom Gesetzgeber erlassenen staatlichen Rechtsordnung sind.

Kontakt nach außen und in der Dauer der Zugehörigkeit zum "bG". Wie oben dargelegt,¹⁾ sind diese Kennzeichen aber untauglich für eine Abgrenzung gegenüber dem "aG".

Hinsichtlich der Vorhersehbarkeit wird argumentiert, einzelne Anordnungen seien weder inhaltlich noch zeitlich anders als nach einer gewissen Wahrscheinlichkeit vorhersehbar. Es fehle an der Konditional- und Zweckprogrammierung.²⁾ Bevor hierauf eingegangen wird, eine Erläuterung beider Begriffe. Unter Konditionalprogrammierung versteht man die feste Kopplung von bestimmten Außeninformationen mit bestimmten Entscheidungsprogrammen. Aufgrund eines ausgesuchten Sachverhalts ergeht eine festgelegte Entscheidung, d.h. wenn eine typmäßig festgesetzte Nachricht einläuft, wird in vorher programmierter Weise entschieden.³⁾ Bei Zweckprogrammierung wird auf bestimmte einzelne Folgen des Handelns abgestellt. Maßgebend ist ein einziger, ganz spezifischer Erfolg, der durch irgendwelche Mittel zu erreichen ist.⁴⁾ Legt man diese Definitionen zugrunde, so folgt hieraus, daß nicht nur im "aG", sondern auch im "bG" eine Rückführung aller Anordnungen auf Konditional- oder Zweckprogramme möglich ist.⁵⁾ Gleichermäßen wie im "aG" müssen sich die Akte im "bG" an dessen festgelegten Zweck orientieren. Für alle Sachverhalte muß ein bestimmter Entscheidungsrahmen vorgegeben sein, die nach den Regeln der Verhältnismäßigkeit, Geeignetheit, Erforderlichkeit und

1) siehe S. 33 ff..

2) Podlech, Gewissensfreiheit S. 55/56 spricht deshalb von "diffusem Unterordnungsverhältnis", worunter das "aG" nicht falle.

3) vgl. Luhmann S. 99.

4) vgl. Luhmann S. 231.

5) Podlech, Gewissensfreiheit S. 60 ff. begründet seine entgegenstehende Ansicht mit folgendem Argument:
In unserer Rechtsordnung gelte für das "aG" eine Erlaubnisordnung, d.h. dem Bürger sei alles erlaubt, was ihm nicht verboten sei. In den Teilrechtsordnungen der "bGe" dagegen gelte die Verbotsordnung, d.h. der Verwaltung sei zur Erreichung des Zweckes alles erlaubt, was ihr nicht ausdrücklich verboten sei.

Podlech erkennt, daß allein die Schaffung eines "bGes" und die gesetzliche Festlegung seines Zweckes keine ausreichende Kompetenznorm für verwaltungsrechtliches Handeln im Rahmen des Zweckes darstellt. Aus diesem Grunde geht auch die Annahme von der Umkehr der Erlaubnisordnung in eine Verbotsordnung fehl. Siehe S. 101 ff. der Arbeit.

Bestimmtheit jeweils, soweit wie möglich, nur eine Entscheidung nach sich ziehen dürfen.¹⁾ Damit ist eine gewisse Vorhersehbarkeit der zu treffenden Maßnahmen für den Gewaltunterworfenen garantiert, zumindest in gleichem Umfang wie im "aG".²⁾ Mangelnde Vorhersehbarkeit von obrigkeitlichen Verfügungen als notwendige Bedingung des "bGes" scheidet demgemäß aus.

Ergebnis:

Diese Betrachtung zeigt, daß die Struktur der vier klassischen "bGe" zum Teil sehr unterschiedlich ist, zum Teil aber auch derart gemeinsame Züge mit dem "aG" aufweist, daß sich der Begriff des "bGes" nicht abstrakt sinnvoll definieren läßt. Da sich demnach der Bereich des "bGes" nicht einheitlich gegenüber dem "aG" abstecken läßt, bleibt nicht anderes übrig, als bei der weiteren verfassungsrechtlichen Untersuchung von dem jeweils in Frage stehenden "bG" auszugehen.

2. Kapitel

Kapitel 2 - 4 beantworten die Frage, ob die vier klassischen "bGe" trotz fehlender gemeinsamer, zum "aG" verschiedener Struktur zumindest insoweit als Einheit aufgefaßt werden können, als sie einer verfassungsrechtlichen Sonderbehandlung unterliegen. Der Begriff des "bG" erschöpft sich dann in der Bedeutung, daß ein Lebensverhältnis dann ein "bG" darstellt, wenn es diese verfassungsrechtliche Eigenart aufweist. Gesondert wäre jedes Verhältnis daraufhin zu prüfen. Läßt sich eine solche verfassungsrechtliche Gemeinsamkeit bei den vier klassischen "bGen" nicht feststellen, braucht auf die anderen umstrittenen "bGe" nicht mehr eingegangen werden. Der überkom-

1) siehe 2. Kapitel der Arbeit.

2) Die verschiedenen Gesetze und Verwaltungsvorschriften in den "bGen" ermöglichen schon großteils diese Vorhersehbarkeit.

mene, auf diese Paradebeispiele bezogene Begriff des "bGes" wäre aufzugeben.¹⁾

Kapitel 2 befaßt sich mit dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes, der nach tradierter Auffassung im "bG" nur in beschränktem Maße Anwendung findet.²⁾

F. Vorbehalt des Gesetzes im " b G " :

1. Entstehung des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes

Im altgermanischen und mittelalterlichen deutschen Staat war man sich darüber uneinig, ob neben der richterlichen Gewalt die gesetzgebende in der Staatsgewalt enthalten war. Im absolutistischen Staat änderte sich diese Auffassung. Es bildete sich ein fester Wille zur Macht. Zurückgreifend auf antike Anschauungen wurde auch das Recht zur Gesetzgebung für die Staatsgewalt beansprucht. Damit lag zu dieser Zeit die gesamte Staatsgewalt in den Händen des Monarchen.³⁾

Die nachfolgende Epoche konstitutioneller Staatsform forderte eine Trennung der rechtsetzenden von der rechtsanwendenden - richterlich und vollziehend - Gewalt. Den drei "Gewalten", im Absolutismus vereinigt in der Hand des Monarchen, setzte man ein neues Prinzip entgegen, die Gewaltenteilung.⁴⁾

1) siehe auch oben S. 13/14 und S. 25.

2) vgl. S. 8 der Arbeit.

3) Das Staatsrecht des Absolutismus kannte keinen einheitlichen Gesetzesbegriff. Vgl. Kaufmann, Artikel S. 692. Die Differenzierung zwischen Gesetzen, Verordnungen, Edikten, Dekreten, Statuten, Reskripten, Ordonnanzen, Reglements war rein formal und ohne Auswirkung auf die Geltungskraft dieser Bestimmung. Form war keine vorgeschrieben. Sie galten kraft landesherrlichen Willens. Vgl. Forsthoff, Lehrb. S. 25; Zeidler, Massnahmegesetz S. 114; vgl. auch Selmer JuS 1968, 490: "quod principi placuit, legis habet vigorem".

4) so vor allem im Anschluß an Locke und Hobbes die Lehre von Montesquieu im XI. Buch seines Werkes "De L'Esprit des Loix".
Über die Entwicklung des Gewaltenteilungsprinzips vgl. vor allem Zeidler, Massnahmegesetz S. 81 ff.; Böckenförde, Gesetz S. 21 ff.; Kägi, Diss. S. 1 ff.; Rosin F. S. 15 ff..

Dies führte dazu, daß in den deutschen Einzelstaaten¹⁾ Verfassungen erlassen wurden, die dem Volk bei der Gesetzgebung ein Mitsprache- und Mitentscheidungsrecht einräumten.²⁾ Über die Institution des Parlaments gelang der Gesellschaft ein Einbruch in die staatliche Herrschaftsgewalt des Monarchen. Noch wurden aber die Verfassungen, die die Mitwirkung des Volkes durch das Parlament sichern und gewährleisten sollten, weitgehend durch das "monarchische Prinzip" bestimmt.³⁾ Of-

-
- 1) Damals zu Beginn des 19. Jh. existierte kein deutscher Gesamtstaat.
 - 2) vgl. Art. 13 der Deutschen Bundesakte v. 8. Juni 1815: "In allen Bundesstaaten wird eine landständische Verfassung statt finden."
Art. 54 der Wiener Schlußakte v. 15. 5. 1820 bestätigte diese Forderung und unterstellte ihre Erfüllung einer Bundesgarantie: "Da nach dem Sinn des 13. Artikels der Bundes-Acte und den darüber erfolgten späteren Erklärungen in allen Bundesstaaten landständische Verfassungen statt finden sollen, so hat die Bundesversammlung darüber zu wachen, daß diese Bestimmung in keinem Bundesstaate unerfüllt bleibe."
 - 3) Das monarchische Prinzip ist in Art. 57 der Wiener Schlußakte verankert: "Da der deutsche Bund, mit Ausnahme der freien Städte, aus souveränen Fürsten besteht, so muß den hierdurch gegebenen Grundbegriffen zufolge die gesamte Staats-Gewalt in dem Oberhaupte des Staates vereinigt bleiben, und der Souverän kann durch eine landständische Verfassung nur in der Ausübung bestimmten Rechts an die Mitwirkung der Stände gebunden werden." Vgl. Stahl, Monarch. Prinzip S. 1 ff..
So wirkte sich das durch das monarchische Prinzip geschaffene Übergewicht des Monarchen auch in den einzelnen Verfassungen aus. Z.B. sind die Verfassungen der süddeutschen Länder nicht zwischen dem Fürsten und den Ständen getroffene Vereinbarungen, sondern "als Gnadengeschenke des Monarchen aus souveräner Machtvollkommenheit oktroyiert worden". Vgl. Hartung, Verfassungsgeschichte S. 198. Als Modellfall galt die bayerische Verfassung v. 26. 5. 1818. Vgl. Huber, Verfassungsgeschichte I S. 322. Der Monarch stand nicht unter, sondern über der Verfassung. Er war das Oberhaupt des Staates, das alle Staatsgewalt in sich vereinigte. Den Ständen gewährte er kraft Verfassung ein Mitwirkungsrecht. Sie sollten "die Weisheit der Berathung verstärken, ohne die Kraft der Regierung zu schwächen", so die Präambel zur bayer. Verfassung v. 1818. Vgl. zum Ganzen Goessler, Diss. S. 1 ff..
Ähnlich auch die württembergische Verfassung v. 25. 9. 1819, die aber nicht oktroyiert, sondern durch Vereinbarung zwischen Monarch und Volk zustande kam.
In ähnliche Richtung gingen auch die Verfassung von Hessen v. 5. 1. 1831, von Sachsen v. 4. 9. 1831, von Preußen v. 31. 1. 1850. Vgl. Huber, Verfassungsgeschichte I S. 201 ff.; 223 ff. und III S. 3 ff..

fen zeigte sich der Gegensatz zwischen Staat und Gesellschaft, einerseits das Streben der Gesellschaft nach einer Beschränkung der Machtsphäre des in seiner Position übermächtigen Herrschers, andererseits das Bemühen des Monarchen möglichst viel seiner absoluten Herrschergewalt in der konstitutionellen Epoche zu behalten und dadurch die Rechte der Volksvertretung einzudämmen. So charakterisierte sich das Prinzip der verfassungsmäßigen Gewaltenteilung durch den fundamentalen Dualismus von Monarchie und Demokratie, von Staat und Gesellschaft.¹⁾

Gemäß der geltenden "Freiheits- und Eigentums-Klausel"²⁾ erstreckte sich die Zuständigkeit des Parlaments auf den Erlass von Rechtssätzen, d.h. auf das gesamte Gebiet der Gesetzgebung im materiellen Sinne.³⁾ Jeder obrigkeitliche Eingriff, also jedes Gebot oder Verbot, das den Untertanen die Pflicht zu einem Dulden oder zu einer positiven Leistung zugunsten der öffentlichen Verwaltung auferlegt, muß von einem Gesetz

1) Böckenförde, Gesetz S. 131 spricht davon, daß die Gesellschaft den Staat sich erobere und ihn dirigiere. Stein, Verwaltungslehre S. 90 führt an, daß die staatsbürgerliche Gesellschaftsordnung in Verfassung und Verwaltung zur Herrschaft gelange.

Diese Formulierungen deuten ausdrücklich auf ein Spannungsverhältnis zwischen Staat und Gesellschaft hin. Vgl. hierzu weiterhin Forsthoff, Lehrb. S. 31 ff.; Dahm S. 313 f.; Ellwein S. 23; Jecht S. 110; Lang, Diss. S. 4; Weber, Schmitt-F. S. 256.

2) Zur Entstehung und Entwicklung der "Freiheits- und Eigentums-Klausel" vgl. die umfassenden Darstellungen von Jesch, Gesetz S. 102 ff.; Zeidler, Massnahmegesetz S. 21 ff.; Böckenförde, Gesetz S. 21 ff.; Kägi, Diss. S. 1 ff.; Kleiser, Diss. S. 51 ff.; Thoma, Vorbehalt S. 167 ff.; Jezler, Diss. S. 78 ff..

3) vgl. Anschütz in Meyer-Anschütz S. 656/657: "Die Formel Freiheit und Eigentum will das Gebiet der Gesetzgebung im materiellen Sinne nicht zerlegen in einen der konstitutionellen Legislative und einen der Regierung allein gehörenden Teil, sondern sie will ... das Ganze der materiellen Gesetzgebung der Legislative überweisen. Die Formel schränkt den materiellen Gesetzesbegriff nicht ein, sondern sie definiert ihn, und zwar ... in richtiger und erschöpfender Weise."

Vgl. auch Böckenförde, Gesetz S. 131: "Inhalt und Umfang des Gesetzesbegriffes bezeichnen das Maß, in dem die Gesellschaft sich den Staat eroberte und dirigierte."

oder einer durch Gesetz zugelassenen Rechtsetzungsform getragen sein. Das Gesetz diene als Regulativ der individuellen Freiheit. Durch dieses Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes für Eingriffe in Freiheit und Eigentum des Bürgers schirmte die parlamentarische Gesetzgebungsgewalt die Gesellschaft ausreichend ab.

Wo die Zuständigkeit des Parlaments fehlte, blieb entsprechend der monarchischen Kompetenzpräsumtion die Herrschaftsgewalt beim Monarchen.¹⁾ Diesem Bereich der Kronprärogative unterfielen außer der Exekutivgewalt vor allem auch die "bGe", da hier Eigentum und Freiheit des Bürgers nicht betroffen würden.²⁾

So hatten sich Krone und Volk in Exekutive und Legislative letztlich den politischen Machtbesitz geteilt und sich auf diese Weise arrangiert.

2. Rechtsregelungen im "bG"³⁾

a) Gegenwärtiger Meinungsstand:

aa) Traditionelle Lehre vom Außen- und Innenverhältnis:

Die traditionelle Lehre unterscheidet bei generellen Anordnungen zwischen Verwaltungs- und Rechtsverordnung, bei Einzelmaßnahmen zwischen interner oder innerdienstlicher Weisung und Verwaltungsakt. Innerdienstliche Weisung und Verwaltungsverordnung, Maßnahmen, die im "bG" von der Exekutive erlassen werden, seien keine Rechtsakte. Diese Ansicht geht auf die Lehre Labands⁴⁾ zurück. Nach ihm besteht das Recht in der Abgrenzung

1) Kompetenzpräsumtion bedeutet hier, daß dem Monarch alle Befugnisse zukommen, welche keinem anderen Organ zugewiesen sind. Damit sind die anderen Staatsorgane auf die ihnen ausdrücklich zugewiesenen Zuständigkeiten beschränkt. Bei Lükken war damit der Monarch zuständig. Vgl. hierzu Jellinek, System S. 141; Meyer-Anschütz S. 273.

2) siehe nachstehende Ausführungen unter F 2a.

3) In diesem Abschnitt wird nur die Rechtsbestimmtheit des "bGes" behandelt, also die Frage nach der Rechtsnatur der Regelungen im "bG". Im nächsten Abschnitt schließt sich die Frage an nach der Kompetenz zur Setzung evtl. erforderlichen Rechts.

4) StR (5) II S. 85 ff., 165 f., 180 ff..

der Befugnisse und Pflichten einzelner Subjekte gegeneinander. Der Rechtsakt setze seinem Wesen nach eine Mehrheit von Willensträgern voraus, die miteinander kollidieren könnten. Da also das Recht mindestens zwei Rechtssubjekte voraussetze, deren äußere Beziehungen es regle, könne es innerhalb eines Rechtssubjektes kein Recht geben. Niemand könne gegen sich selbst einen Rechtsanspruch oder eine Rechtspflicht haben oder gegen sich selbst eine Rechtsverletzung verüben. Auch der Staat verkörpere ein solches einheitliches und geschlossenes Rechtssubjekt, innerhalb dessen es keine "gesetzlichen Schranken" gebe. Die Beamten stünden im Staatsinternum, dem sog. Innenverhältnis und handelten nach außenhin, gegenüber dem Bürger für den Staat. Sie seien Glieder des Verwaltungsapparates, also nicht selbständige Rechtssubjekte, sondern Teil der Persönlichkeit der betreffenden Verwaltungsinstitute. Damit sei das Verhältnis des Staates zu seinen Organen, als ein Verhältnis innerhalb des Staates, kein Rechtsverhältnis; folglich könnten hier auch keine Rechtsakte ergehen.¹⁾

1) Ähnlich Jellinek, Gesetz S. 240, der das Recht als soziale Schrankenziehung auffaßt: "Hat ein Gesetz den nächsten Zweck, die Sphäre der freien Tätigkeit von Persönlichkeiten gegeneinander abzugrenzen, ist es der sozialen Schrankenziehung wegen erlassen, so enthält es die Anordnung eines Rechtssatzes, ist daher Gesetz im materiellen Sinne." Vgl. auch System S. 193 ff., 233.

Vgl. weiterhin Mayer VerwR (3) II S. 204, der die von Laband für das Beamtenverhältnis begründete Ansicht auch auf die anderen "bGe", wie die Anstalten, ausdehnt. Vgl. S. 17 Fußn. 6 der Arbeit.

Mayer führt aus: "Die Ordnung der Nutzungsverhältnisse der Verwaltungsanstalten trägt mit voller Absichtlichkeit nicht das Gepräge des Rechtsstaates. Sie vermeidet Rechtssatz und Verwaltungsakt."

Demgemäß definiert er den VA als "ein der Verwaltung zugehöriger obrigkeitlicher Ausspruch, der dem Untertanen im Einzelfall bestimmt, was für ihn Rechtens sein sollte" (so in VerwR (3) I S. 93/94). Da das "bG" als rechtsfreier Raum betrachtet wird, konnten hier keine VAe, sondern nur "Anweisungen" erlassen werden, die nicht "Recht stiftend" zwischen Verwaltung und Bürger wirkten.

Krüger, RechtsVO S. 216 spricht von der "Impermeabilität" der Rechtssubjekte. Ähnlich Fleiner Inst. (8) S. 62 ff.; Maschke S. 51; Jacobi, VerwVOen S. 257; Andersen S. 31; Peters Ib S. 113; Köttingen VerwR S. 24 f..

Anderer Ansicht Triepel, Grenzen S. 13, der schon damals

Zum gleichen Ergebnis gelangt Anschütz¹⁾, der Anordnungen nur dann als Recht qualifiziert, wenn Freiheit und Eigentum betroffen seien. Die Regelungen im "bG" griffen aber nicht in diese geschützte Sphäre des einzelnen ein, sondern konkretisierten nur die bereits durch das "bG" allgemein begründete Dienst- und Gehorsamspflicht der in den Staat eingegliederten Personen.²⁾

Als Folge dieser überkommenen Rechtsauffassung, der Identifikation des Rechtsetzungsbereichs mit dem des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes,³⁾ galt das "bG" als rechtsfreier Raum.

Diese Meinung wurde allgemein beibehalten und weiterhin nur differenziert zwischen Verwaltungsvorschrift und innerdienstlicher Weisung einerseits und Rechtsverordnung und VA andererseits.

So nahm die Weimarer Reichsverfassung in Art. 77 den überkommenen Begriff der allgemeinen Verwaltungsvorschriften auf, wie ihn bereits die Reichsverfassung von 1871 in Art. 7 Ziff.

stärkste Bedenken erhob. Dieser Gegensatz von VerwaltungsVO und RechtsVO gehe von einem zu engen Begriff des Rechtssatzes aus, da auch in den für den Organismus der Staatsverwaltung bestimmten Verordnungen echte Rechtssätze enthalten sein könnten.

Zust. Heller VVDStRL 4, 98 ff., der der Verwaltungsvorschrift als "generalisierende Staatstätigkeit mit verminderter materieller Geltungskraft" Rechtssatzeigenschaft einräumt.

Merkel VerwR S. 121 ff. zählt die Verwaltungsvorschrift zu den Rechtsnormen, da das Wesen des Rechtssatzes sich nicht dadurch erfülle, wenn er verpflichte, sondern wie er verpflichte. Die Verwaltungsvorschrift begründe jedoch keinen Anspruch des einzelnen, daß sie wie irgendeine andere Rechtsquelle ihm gegenüber zur Geltung gebracht werde, da die Nichtbeachtung der Verwaltungsvorschrift nur eine Disziplinarwidrigkeit bedeute. Die Verwaltungsvorschrift sei damit nur eine Rechtsquelle von beschränkter relativer Wirksamkeit.

Kelsen, Allg. Staatslehre S. 237 ging noch einen Schritt weiter und sah die Verwaltungsvorschrift als Rechtsverordnung an, da sie die Staatsorgane rechtlich binde und Rechtspflichten der Staatsorgane statuiere. Er folgert daraus allerdings nicht eine positiv-rechtliche Gleichbehandlung.

1) Artikel S. 212 ff.; Theorien S. 68.

2) so auch Haenel StR S. 122.

3) vgl. oben S. 42 Fußn. 3; vgl. weiterhin hierzu Rupp, Grundfragen S. 26; Köhl, Diss. S. 16 ff..

2 und Art. 38 Ziff. 1 kannte.¹⁾ Auch nach 1945 wurde die Unterscheidung zwischen Verwaltungsvorschrift und Rechtsverordnung in Literatur²⁾ und Rechtsprechung³⁾ aufrechterhalten. Die Begründungen erfolgten im wesentlichen im hergebrachten Sinne.

Das Grundgesetz nahm die Unterscheidung auf, indem es in den Art. 84 Abs. 2, 85 Abs. 2 Satz 1, 86 Satz 1, 108 Abs. 7 und 129 Abs. 1 GG von allgemeinen Verwaltungsvorschriften spricht und diese im Gegensatz zu den Rechtsverordnungen sieht, wie Art. 129 Abs. 1 GG klarlegt.

Die Länderverfassungen unterscheiden ebenfalls weitgehend zwischen Verwaltungsvorschrift und Rechtsverordnung, so Art. 55 Ziff. 2 BayVerf⁴⁾, Art. 61 Abs. 2 Bad-WürttbgVerf⁵⁾, Art. 56 Abs. 2 Nordrhein-WestfVerf⁶⁾, Art. 110 Rhld-PfVerf⁷⁾, Art. 107 HessVerf, Art. 47 Abs. 2 BerlVerf und Art. 124 BremVerf.

Allerdings kamen nach Erlaß des Grundgesetzes bereits Bedenken auf, ob diese Unterscheidung im herkömmlichen Sinne und die Qualifizierung der Verwaltungsvorschriften als Nicht-Recht mit dem Grundgesetz in Einklang steht.

Unbeirrt hielten Rechtsprechung⁸⁾ und Verwaltungspraxis groß-

1) vgl. Anschütz, Verfassung S. 334 ff., 409 ff.; Schoen AöR 6, 134 f.; Triepel, Grenzen S. 13.

2) vgl. u.a. Geiger S. 278; Klein, Übertragung S. 20; Nebinger VerwR S. 192 ff.; Nawiasky, Rechtslehre S. 74; Peters Lb S. 75 ff..

3) BVerfGE 1, 82 ff.; NJW 1959, 235 ff.; BGHZ 10, 295 ff.; BayerVGH DVBl 1953, 246 ff.; OVG Hamburg VerwRspr 2, 116.

4) vgl. Nawiasky-Leuser S. 137.

5) vgl. Spreng-Birn-Feuchte S. 203.

6) vgl. Geller-Kleinrahm S. 227.

7) vgl. Süsterhenn-Schäfer S. 398 f..

8) Die RechtsVOen seien materielle Rechtssätze, dagegen hätten die VerwaltungsVOen nur verwaltungsinterne Wirkung. So BVerfGE 8, 143 ff. (155); 10, 20 ff. (50); 11, 89 ff. (100); 12, 180 ff. (199). Sie stellten kein objektives Recht dar, so BVerfG JJ 1952, 110; NJW 1959, 235 ff.; vgl. auch die Angaben oben Fußn. 3; weiterhin BayVGH DÖV 1950, 56 f.; DVBl 1950, 305 ff.; DVBl 1952, 339 ff.; VGH Stuttgart DÖV 1954, 59 f.; BVerwG DÖV 1957, 863 f.; HessVGH DÖV 1951, 360 f.; LVG Münster DVBl 1953, 27 f.; LVG Rhld-Pf. DVBl 1953, 78 ff.; VGH Stuttgart DÖV 1950, 441 ff.;

abweichend VGH Bad.-Württbg. DÖV 1950, 314 ff. (betrifft die Grundsätze für die Wiedereinstellung im öffentlichen

teils an der traditionellen Lehre fest. Nach wie vor unterfielen Verwaltungsvorschriften nicht dem Rechtsnormbegriff. Die praktische Folge war, daß im Gegensatz zu Rechtsverordnungen die Gerichte Verwaltungsvorschriften nicht nachprüfen konnten und an sie nicht unmittelbar gebunden waren.¹⁾ Auch die Frage nach einer präzisen gesetzlichen Ermächtigung war damit umgangen.

Dienst; Beschluß des Staatsministeriums Baden-Württembg. v. 5. 12. 1946). Das Gericht hielt es nicht für ausgeschlossen, auch eine Verwaltungsvorschrift als "Rechtsvorschrift" iS des § 25 VGG (heute § 47 VwGO) anzusehen. Verwaltungsvorschriften hätten innerhalb des "bGes" normativen Charakter und seien deshalb begrifflich Rechtsvorschriften. Eine Verneinung der Rechtssatzeigenschaft von Verwaltungsvorschriften, wie in der Literatur vertreten, könne man nur so auffassen, daß die Rechtssatzeigenschaft im Außenverhältnis zwischen der Verwaltung und dritten Personen zu verneinen sei. Innerhalb des "bGes" wirkten jene Vorschriften. Ihre Nichtbeachtung ziehe schwerwiegende Folgen nach sich, z.B. Dienststrafe. Daraus folge die Rechtssatzeigenschaft der Verwaltungsvorschriften im "bG". Beibehaltung dieser Ansicht in DVBl 1961, 523 ff., wo das Gericht den Lehrplan für die Gymnasien Baden-Württembergs als Rechtsvorschrift iS des § 47 VwGO ansieht, da er eine abstrakt-generelle Regelung darstellte und den Rechtskreis der Anstaltsbenutzer berührte.

- 1) vgl. BVerfGE 12, 180 ff. (199); 15, 288 ff. (294); BVerwG DÖV 1961, 787 ff.; BVerwGE 16, 150 ff.; 19, 48 ff.; vgl. auch BVerwG DÖV 1963, 474 f.; JZ 1956, 33 ff., wonach aus Rechtsschutzgründen eine andere Qualifikation nicht erforderlich sei.

Dies erübrigte sich deswegen, weil die Verwaltung unter Anwendung des Gleichheitssatzes (Art. 3 GG) gezwungen war, in mehreren gleichartig gelagerten Fällen gleich zu entscheiden. Streitig war nur, ob diese Bindung bereits durch Verwaltungsvorschriften als Richtlinien für Art. 3 GG oder erst durch tatsächliches Handeln der Verwaltung hervorgerufen wurde.

Zu dieser sog. "Selbstbindung der Verwaltung" vgl. BVerwG DÖV 1963, 474 f.; BVerwGE 19, 48 ff.; Hess. VGH DÖV 1963, 880 ff.; BayVerfGH NJW 1966, 443 ff.; VGH Berlin NJW 1964, 940; BVerwGE 1, 321 ff.; 2, 163 ff.; 7, 187 ff. st. Rspr.; vgl. auch Bachof, Verfassungsrecht S. 226; Randelzhofer JZ 1973, 539 ff.; Paetzold, Diss. S. 52 ff.; Lang, Diss. S. 63/64; Rupp, Grundfragen S. 118 ff.; Brohm DÖV 1964, 243 f.; Mertens S. 1 ff.; Friauf DVBl 1966, 735; Ossenbühl AöR 92, 13 ff.; Wallerath S. 1 ff..

Kritisch Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften S. 547 f., der diese Konstruktion als "Krücken, um durch die Pforten der Justiz zu gelangen" bezeichnet. Evers, Gewaltverh. S. 10 spricht von einem Umweg über Art. 3 GG.

In der Tat ist allein schon dies fragwürdig, warum nicht

bb) Grenzziehung innerhalb des "bGes":

Kritische Stimmen in der Literatur wandten sich gegen diese herkömmliche Unterscheidung zwischen RechtsVO und VerwaltungsVO als Maßnahme im Außen- und Innenverhältnis. So führt Krüger¹⁾ an: Man versuche hier "eine Verschiedenheit geistiger Wesenheiten mit Hilfe von räumlichen Kategorien zu bestimmen"²⁾. Eine solche "verräumlichende Betrachtungsweise" sei hier unzulässig, da es sich bei dieser Abgrenzung nicht um Beschreibungen, sondern um Wertungen handle.

α) Rechts- und Verwaltungswert als Abgrenzungskriterium:

Krüger schlägt stattdessen eine Differenzierung nach dem Rechts- und Verwaltungswert vor.³⁾ Den "Rechtswert" charakterisiert er als den Bereich, in dem "der Frieden das Ziel, die Gerechtigkeit der Maßstab ist, mit dessen Hilfe die Erreichung dieses Zieles angestrebt wird"⁴⁾. Der "Verwaltungswert" sei dagegen auf das Ziel der Wohlfahrt als "ein angemessenes Versorgtsein mit materiellen und ideellen Gütern" gerichtet und am Maßstab der Zweckmäßigkeit orientiert.

Hieraus gelangt er zu folgenden Definitionen: "Rechtssatz ist eine Norm, die dem Frieden zu dienen bestimmt und nach dem Maßstab der Gerechtigkeit gebildet ist; Verwaltungssatz ist eine Norm, die die Wohlfahrt fördern soll und nach dem Maßstab der Zweckmäßigkeit gestaltet ist."⁵⁾

die dogmatisch einwandfreie Lösung gegangen wurde, die zuständigen Organe durch Verwaltungsvorschriften als Rechtssätze, also kraft Rechtserzeugung und nicht erst durch die Anwendung, zu binden. Die Frage der Kompetenz zum Erlaß dieser Rechtssätze wäre damit noch nicht angesprochen.

1) RechtsVO S. 211 ff..

2) aaO S. 219; vgl. auch S. 228.

3) aufbauend auf die Smend'sche Unterscheidung der staatlichen Funktionen nach den besonderen Werten, in deren Dienst sie stehen, so "Integrationswert", "Rechtswert", "Verwaltungswert". Vgl. Smend, Verfassung S. 83: "Der Verwaltungswert ist nichts wesentlich anderes als der sonst meist sog. Wohlfahrtszweck". S. 100: "... Gesetzgebung als allgemein dominierende Funktion des Rechtslebens, bestimmt durch den Gerechtigkeitswert."

4) aaO S. 230.

5) aaO S. 230.

Dem widersprach ein Teil der Literatur.¹⁾ Die Unterscheidung sei theoretisch und praktisch kaum durchführbar. Schwierigkeiten ergäben sich aus der Komplexität der Tatbestände, da Zwecke und Maßstäbe (als Wertungskriterien) in den seltensten Fällen rein aufträten. Krüger selbst hat später eingeräumt, daß man angesichts der Komplexität von Rechts- und Verwaltungswert eine Erscheinung nicht in diese "Elemente" zerlegen könne, "weil wahrscheinlich das Recht nicht ein materiales Element für sich" sei, "sondern ein Aggregatzustand von Materien"²⁾. So könne durchaus ein reiner Verwaltungssatz zum Rechtssatz "umschlagen" und umgekehrt. Phänomene, die ihrem Wesen nach ausschließlich nach Gerechtigkeit oder Zweckmäßigkeit gebildet sind, könnten ihren Charakter verändern oder unter einem anderen Aspekt auftreten.³⁾ Außerdem seien noch die Normen zu beachten, die nicht nachträglich eine Qualitätsänderung durchmachten, sondern von Anfang an ein komplexes Gebilde darstellten, das sowohl Rechts- als auch Verwaltungswert beinhalte.⁴⁾ Sei nun aber

-
- 1) vgl. Bachof VA S. 291 mit dem Hinweis auf die Daseinsvorsorge des modernen Wohlfahrtsstaates und die Bedenklichkeit bei einer Verneinung der Rechtssatzzeigenschaft der vielen wohlfahrtsfördernden Normen. Vgl. auch Köhl, Diss. S. 62 f.; kritisch ebenso Forsthoff, Lehrb. S. 140 Fußn. 4; ähnlich Koellreutter StR S. 99 Fußn. 8; so auch schon Smend, Verfassung S. 84, der einräumt, daß keine Staatsfunktion und staatliche Einrichtung rein und ausschließlich von einem der drei Werte beherrscht werde.
- 2) VVDStRL 15, 125.
- 3) Bsp. von Krüger aaO: Es existiere eine Vorschrift über das Tragen einer Kleidung, die ihren Träger der Lächerlichkeit preisgibt und so die Menschenwürde verletze. Diese Norm, die nach Maßstab und Zweck ein reiner Verwaltungssatz sei, trete unter diesen Umständen, wenn auch lediglich negativ, in eine Beziehung zum Recht und nehme hierdurch die Eigenschaft einer Rechtssache an. Gleiches gelte für eine Verwaltungsvorschrift, die willkürliche Unterscheidungsmerkmale beinhalte und so gegen Art. 3 GG verstoße.
- 4) Krüger spricht hier von "genuiner Promiskuität der Tatbestandsmerkmale einer Norm". Bsp.: Voraussetzungen für polizeiliches Einschreiten, wo Gesichtspunkte der Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit unlösbar miteinander verschmolzen seien.

aufgrund der Komplexität eine exakte Feststellung in irgendeine Richtung nicht möglich, so müsse als Kriterium die Empfindung des Betroffenen dienen, ob Unrecht geschehen sei oder nicht. Eine Anordnung sei dann rechtswidrig, wenn im konkreten Falle "prima facie Unrecht geschehen ist"¹⁾. Hinsichtlich der Einzelmaßnahmen fühlt sich Krüger durch die Verwaltungsgerichtsgesetze bestätigt. Sie brächten dieses Wesenserfordernis zum Ausdruck, wenn sie verlangten, daß der Kläger durch die angefochtene Maßnahme in seinen Rechten verletzt sein müsse. Die Rechtsverletzung sei kein selbständiges Tatbestandsmerkmal, sondern lege nur fest, daß der angefochtene Staatsakt Rechtsakt sein müsse. Bestärkt werde dies durch die allgemeine Ansicht, daß im Ermessensbereich eine nichtrechtliche Sache dann zur Rechtssache werde, wenn ein Ermessensfehler vorliege. Gleiches müsse für die abstrakt-generellen Regelungen gelten.

Forsthoff²⁾ hält grundsätzlich an der Unterscheidung zwischen Innen- und Außenbereich der Verwaltung fest.³⁾ Dieses Kriterium müsse jedoch als Differenzierungsgrund zwischen Verwaltungs- und Rechtsverordnung durch ein materiell-rechtliches ergänzt werden. Hierbei greift er auf die Krüger'sche Unterscheidung zwischen Rechts- und Verwaltungswert zurück.⁴⁾ Da sich aber Forsthoff der geringen Praktikabilität dieses Kriteriums bewußt ist, nimmt er das Rechtsschutzbedürfnis zu Hilfe. Eine Norm sei jedenfalls dann als Rechtssatz anzusehen, wenn die Verneinung dieser Eigenschaft dem vom Vollzug der Norm Betroffenen den Rechtsschutz vorenthalten würde, der ihm nach Lage der Umstände nicht vorenthalten werden könne, ohne ihn einer von der Rechtsordnung nach ihrer auf Rechtsschutz hin tendierenden Gesamtstruktur mißbilligten Benachteiligung auszusetzen. In Zweifelsfällen müßten Normen so qualifiziert werden, daß ein Höchstmaß an Rechtsschutz erreicht werde.⁵⁾

1) NJW 1953, 1371.

2) Lehrbuch S. 131 ff..

3) aaO S. 133: Diese Unterscheidung hätte "einen guten Sinn".

4) aaO S. 140.

5) aaO S. 141.

In Anlehnung an Forsthoff behält Jaenke¹⁾ ebenfalls die Unterscheidung zwischen Innen- und Außenverhältnis der Verwaltung bei. Formelles Merkmal der Rechtssatzqualifikation sei der unmittelbare Geltungsbereich der Norm, der sich außer auf das Außenverhältnis auch auf das Innenverhältnis der Verwaltung erstrecken könne. Die Außenwirkung führe ohne weiteres zur Qualifikation als Rechtsverordnung, vorbehaltlich der Erfordernisse des Art. 80 GG. Bei den auf den unmittelbar internen Geltungsbereich der Verwaltung beschränkten Normen erfolge dann hinsichtlich ihrer generellen Wirkungen, "die sich aus dem Vollzug oder Nichtvollzug jener Normen gegenüber dem einzelnen außerhalb der Verwaltung Stehenden" ergäben, eine nochmalige Prüfung nach den Krüger'schen Kriterien des Rechts- und Verwaltungswerts. So führt Jaenke aus: "Diejenigen Verwaltungsvorschriften, die inhaltlich dem Rechtswert zu dienen bestimmt sind, müssen als Rechtsnormen qualifiziert werden, während die vom Verwaltungswert erfüllten Regeln, soweit sie in der äußeren Form der Verwaltungsvorschriften ergehen, zu den bloßen Verwaltungssätzen zu rechnen sind."²⁾ Der Rechtswert bestimme sich nach Art. 19 Abs. 4 GG: "Eine Norm ist jedenfalls dann als Rechtssatz anzusehen, wenn die Verneinung dieser Eigenschaft dem vom Vollzug oder Nichtvollzug der Norm Betroffenen den verfassungsmäßig gewährleisteten Rechtsschutz vorenthalten würde, der ihm unter dem Gesichtspunkt des Rechtswertes nicht verweigert werden darf." Dieses Ergebnis entspricht exakt der Forsthoff'schen Lösung, nur daß Jaenke seine Aussage sehr relativiert und unbestimmt faßt, indem er den zu bestimmenden Begriff "Rechtswert" in seine Definition aufnimmt.³⁾

B) Persönliche Rechtssphäre als Differenzierungsgrundlage: Auch Bachof⁴⁾ hält grundsätzlich an der Unterscheidung des

1) S. 80; vgl. auch S. 1 ff., 101 ff..

2) aaO S. 80.

3) vgl. Brohm DÖV 1964, 242 Fußn. 59, der einen Unterschied nicht erkennen kann. Ähnlich wie Jaenke und Forsthoff auch Rehmert NJW 1958, 232 f.; NJW 1957, 575 f..

4) VA S. 285 ff..

Rechtsbereiches vom Nichtrechtsbereich durch die Kriterien "Außen" und "Innen" fest. Dies sei "dem Wesen des Rechts und seiner Abgrenzung von außerrechtlichen Bereichen durchaus angemessen"¹⁾. Unrichtig sei nicht die grundsätzliche Unterscheidung, sondern nur die Grenzziehung zwischen "Innen" und "Außen". Die hergebrachte Meinung verkenne die Wesensverschiedenheit natürlicher und juristischer Personen. Nur daraus erkläre sich die Gleichsetzung ihres Handelns.²⁾ Jedoch "impermeabel", d.h. undurchdringlich in seinem Innern könne nur die natürliche Person Mensch sein.³⁾ Die juristische Person dagegen stelle ein künstliches Gebilde der Rechtsordnung dar, das nur durch natürliche Personen handeln könne. Daraus folge, daß jede Maßnahme der juristischen Person gegenüber einem "Außenstehenden" auch Beziehungen zwischen der juristischen Person und den für sie handelnden Menschen betreffe. Eine scharfe Trennung zwischen Innen und Außen in dem Sinne, daß von Innen keine Wirkung nach Außen gehe, sei bei juristischen Personen nicht möglich.⁴⁾ Daher könne der Meinung nicht gefolgt werden, mit der Begründung eines "bGes" sei von vornherein der Rechtskreis des "Gewaltunterworfenen" in diesem Bereich eingeschränkt. Vielmehr käme es darauf an, ob der einzelne durch die Regelung in seinem eigenen Rechtskreis betroffen werde. Geschehe dies, so habe eine Regelung Außenwirkung und folglich Rechtscharakter.⁵⁾ Entsprechend dieser Aussage räumt Bachof den internen Dienstvorschriften im Beamtenverhältnis keine rechtliche Qualität ein,⁶⁾ wenn diese den einzelnen Beamten in seiner Gliedstellung innerhalb des Staatsapparates betreffen. Dessen persönliche Rechtsstellung werde dadurch nicht tan-

1) aaO S. 296.

2) aaO S. 299.

3) so auch Krüger, RechtsVO S. 216 f..

4) so auch Krüger aaO S. 217.

5) aaO S. 300. Er überträgt hier die überwiegende Literaturmeinung, die zu den Einzelakten entwickelt worden ist, auf die generellen Anordnungen.

6) z.B. Ermessensrichtlinien, Dienststundenregelungen, Anordnungen der Aktenbearbeitung etc..

giert. Entscheidend sei dabei nicht, ob der Dienstherr in die Rechtsstellung des Beamten eingreifen wolle, sondern ob er es tatsächlich tue. Daher erhielten auch interne Dienstregelungen Außenfunktion dadurch, daß sie in den eigenen Rechtskreis des einzelnen eingriffen.¹⁾

Für den Bereich der Anstalten (z.B. Schule) folgert Bachof²⁾, daß die Anstaltsordnungen Rechtssatzqualität hätten. Der einzelne trete zwar in ein engeres Verhältnis zur öffentlichen Verwaltung, also in ein "bG", jedoch keineswegs in ein "Innenverhältnis zum Staat".³⁾ Mit gleichen Recht könnte man sagen, daß jeder Staatsangehörige durch seine Unterworfenheit unter das "aG" zum Staat - in das er ebenfalls teils freiwillig (Einbürgerung), teils unfreiwillig (Geburt) "eintrete" - gehalten sei, die Regelung seiner Beziehung zum Staat als ein "Internum" hinzunehmen, und daß der Staat diese Beziehung daher rechtssatzfrei regeln könne.⁴⁾

1) aaO S. 304; Bsp. mit der Dienstkleidung; vgl. hierzu oben S. 49 Fußn. 3.

2) VA S. 300; DÖV 1953, 422; AöR 78, 85.

3) Mit dieser Differenzierung zwischen dem "bG" des Beamten und der Anstalt macht Bachof deutlich, daß die Unterscheidungen zwischen "Innen" und "Außen" einerseits, "aG" und "bG" andererseits getrennt betrachtet werden müssen, da sie auf verschiedenen Ebenen liegen. Nur beim Beamten treffen "bG" und, da er Verwalter eines Amtes und damit Organ des Staates ist, "Innenverhältnis" zusammen. Es ist daher noch zu prüfen, ob die Regelungen den Beamten persönlich oder ihn als Inhaber eines Amtes berühren. Eine Bestätigung dieser Bachof'schen Theorie gibt das Angestelltenverhältnis, da nach unbestrittener Meinung die Angestellten zwar im Innenverhältnis, nicht aber in einem "bG" stehen.

Oeltze, Diss. S. 114/115 sieht das Übel darin, daß ursprünglich "bG" und "Innenverhältnis" bei den Beamten gleichgesetzt wurden und dies dann auf die anderen "bGe" übertragen wurde. So verweist er auf Jacobi, VerwVOen S. 255, der wie folgt formuliert: "Als Grundlage für Verwaltungsvorschriften kommt nur das öffentlich-rechtliche besondere Gewaltverhältnis in Betracht." Vgl. auch Rauch, Diss. S. 43 Anm. 7.

4) VA S. 10; vgl. auch die Kritik diesbezüglich von Kelsen, Allg. Staatslehre S. 237; Freudenberger, Beiträge S. 173 f.; Jerusalem S. 289.

Dürig¹⁾ schließt sich Bachof an. Differenzierungsgrundlage ist für ihn auch der "Eingriff in die persönliche Rechtssphäre". Unter die Verwaltungsvorschriften fielen nicht die Anstaltsordnungen²⁾ und die Dienstordnungen, die in den "persönlichen Rechtskreis" eingriffen.³⁾ Auch die "reinen Verwaltungsvorschriften" müßten als Rechtssätze angesehen werden, wenn sie "verbindliche Ermessensrichtlinien" darstellten und so über die von Rechtsprechung und Lehre entwickelten Grundsätze der Selbstbindung der Verwaltung⁴⁾ Art. 3 GG verletzt werden könnte.

cc) Rechtscharakter aller Regelungen im "bG":

Ein Teil der jüngeren Literatur geht noch einen Schritt weiter. Er lehnt die Einteilung in Rechtssätze und Verwaltungsvorschriften als Nicht-Rechtssätze völlig ab und räumt den letzteren auch Rechtssatzqualität uneingeschränkt ein.

Böckenförde-Grawert⁵⁾ stützen den Rechtsnormcharakter der Verwaltungsvorschriften darauf, daß sie auch Normen des Rechts seien, nicht der Sitte und Moral, und ihre Verbindlichkeit mit der Kraft des Rechts hätten, unabhängig davon, an welchen Adressatenkreis sie sich wendeten, von welchem Subjekt sie ausgingen, welche Sanktion ihnen beigegeben sei und ob sie allgemein oder nur in einem besonderen Rechtskreis gälten.⁶⁾ Demgemäß bestimmt Böckenförde den Rechtsatzbegriff für das öffentliche Recht als "Begründung und verbindliche Maßbestimmung für die Ausübung öffentlicher Gewalt und die Wahrnehmung öffentlicher Angelegenheiten"⁷⁾. Zur Maßbestimmung gehörten aber auch die Verwaltungsanordnungen und Dienstanweisungen, die also, trotz ihres inner-

1) M-D-H Art. 19 Abs. 4 Rdnr. 30.

2) Hierzu zählt Dürig die Schul-, Friedhofs-, Eisenbahnbetriebsordnungen etc..

3) bei den Beamten und Angestellten die Regelungen über Be-soldung, Dienstatler, Beihilfen.

4) vgl. oben S. 47 Fußn. 1.

5) AöR 95, 1 ff..

6) aaO S. 19.

7) Organisationsgewalt S. 74.

staatlichen Charakters, objektives Recht darstellten.¹⁾ Wenn man dieser weiten Auffassung folgt, daß alle Verwaltungsvorschriften, einschließlich der bloßen Organisationsbestimmung, Rechtssätze verkörperten, müßten jedenfalls die Regelungen im Rahmen eines "bGes" als solche angesehen werden.²⁾ Diese unterscheiden sich nach Böckenförde-Grawert erheblich von den sonstigen Verwaltungsverordnungen und seien schon ziemlich den Rechtsverordnungen angenähert. Sie begründeten unmittelbar Rechte und Pflichten für den Anstaltsbenutzer oder für andere im "bG" stehende Personen. Sie regelten nicht nur amtliches Verhalten staatlicher Organverwalter, sondern auch Rechte und Pflichten von Personen, die in der besonders gearteten Rechtsbeziehung zum Staat stünden. Es finde keine Beschränkung auf den "Amtskreis", auf den Funktionsablauf der Verwaltung statt. Andererseits wendeten sie sich nicht wie Rechtsverordnungen potentiell oder aktuell an jedermann, sondern von vornherein nur an einen bestimmten, abgegrenzten Personenkreis. Im Regelungsumfang und -inhalt seien sie auf einen Zweck bezogen.³⁾

Aus diesen Gründen sei eine Erweiterung des herkömmlichen Begriffssystems unumgänglich. Die Problematik lösen Böckenförde-Grawert, indem sie den von Wolff für die Regelungen im "bG" geprägten Begriff der "Sonderverordnung" herant^{-ziehen} Da- nach definiert sich "Sonderverordnung" als "einseitig hoheitlich erlassene abstrakte Anordnung staatlicher oder kommunaler Organe oder Anstalten zur Regelung sog. "bGe" (verwaltungsrechtliche Sonderverhältnisse) mit materiellem Gesetzescharakter"⁴⁾. Nach Wolff heben sich deutlich die allgemeinen Verwaltungsvorschriften davon ab, die auf Anordnungen gegenüber weisungsabhängigen Organen und Ämtern als Institutionen beschränkt werden. Diese besitzten zwar Rechtsqualität, würden aber grundsätzlich nicht als Rechtsquellen

1) aaO S. 75.

2) vgl. Nafpliotis, Diss. S. 96 hinsichtlich der Anstaltsordnung.

3) AöR 95, 19

4) VerwR I S. 131/132; zust. Rauch, Diss. S. 43; Groß DÖV 1971, 188.

angesehen.¹⁾

Ossenbühl²⁾ verweist darauf, daß sich Verwaltungsvorschriften von den Rechtsnormen im herkömmlichen Sinne nicht durch ihre Ausklammerung aus dem Rechtsbereich unterscheiden dürften. Es widerstreite dem Rechtsstaatsgedanken, so wichtige Ordnungsnormen wie die Verwaltungsvorschriften ohne weiteres als Nicht-Recht abzustempeln.³⁾ Als Rechtswesensbegriff lasse sich die Rechtsnorm in zweifachem Sinne bestimmen: formal-logisch und material-inhaltlich. Gültigkeit habe noch die formal-logische Definition von Haenel: "Rechtssätze sind Sätze, welche dazu bestimmt sind, an einem vorausgesetzten Tatbestand subjektive Rechte und Pflichten zu begründen oder mit einem gewissen Tatbestand gewisse Rechte und Pflichten zu verknüpfen."⁴⁾ Die material-inhaltliche Seite besage, daß Rechtssätze Normen darstellten, die dem Rechtswert, d.h. der Rechtsidee dienten.⁵⁾ So treffe es zu, wenn Merkl⁶⁾ in diesem Sinne die Verwaltungsvorschriften als "Rechtsquellen von beschränkt-relativer Rechtswirksamkeit" charakterisiert habe. Ebenso stimme er Bierling⁷⁾ bei, für den es "gar keinem Zweifel" unterliege, daß auch die Verwaltungsvorschriften Rechtsnormcharakter trügen und rechtsverbindliche Kraft hätten. Ossenbühl⁸⁾ gelangt zur Erkenntnis, daß der Rechtssatzbegriff

1) aaO S. 115/116.

Gegen diese Dreiteilung HessStGH DÖV 1971, 201 ff. (203), nach dessen Ansicht der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes die Charakterisierung als Sonderverordnung der Regelungen im "bG" verbiete, für die einerseits die originäre Rechtsetzungsbefugnis bei der Exekutive liege, andererseits bezüglich des Rechtsschutzes als RechtsVOen zu behandeln seien. Die Neuschöpfung des Begriffs "SondVO" sei entbehrlich, da die Differenzierung zwischen RechtsVO und VerwaltungsVO ausreiche. Vgl. auch VGH München BayVBl 1971, 195 ff.; FuB DÖV 1972, 770 m.w.N.; Erichsen, Wolff-F. S. 241.

2) Verwaltungsvorschriften S. 153 ff..

3) aaO S. 163.

4) Gesetz S. 122; aaO S. 155.

5) aaO S. 153.

6) VerwR S. 122.

7) S. 190.

8) aaO S. 161.

ein allgemeingültiger Begriff sei und nicht der Disposition des staatlichen Normsetzers unterliege. Der staatliche Normsetzer könne nicht in gültiger Weise bestimmte Normen für "Rechtssätze" erklären, ändern aber dieses Prädikat vorenthalten. Wenn er es täte, hätte seine Bestimmung nur terminologische, keine sachliche Bedeutung.¹⁾

Rupp²⁾ wendet sich vor allem auch gegen die "rechtliche Impermeabilität der Staatsperson". Bereits Bachof³⁾ und Krüger⁴⁾ hätten aufgezeigt, daß eine klare Unterscheidung zwischen Innen- und Außenverhältnis zum Zwecke der Abgrenzung eines rechtsleeren von einem rechtsbeherrschten Raum aus Gründen des Rechtsstaatsbekenntnisses und der Rechtsschutzgarantie des Grundgesetzes höchst fragwürdig sei, jedoch einen gewissen Innenbereich als rechtsfrei anerkannt.

Rupp geht nun darüber hinaus und betrachtet alle Innenbeziehungen des Staates zu seinen Organverwaltern und Organen als echte Rechtsbeziehungen, die den Außenbeziehungen rechtlich gleichgestellt seien.⁵⁾ Er bekämpft die "aus dem Zivilrecht stammende juristische Persönlichkeitslehre des Staates" und die Ansicht, "daß aus der menschengleichen Einheit der juristischen Person Staat irgendwelche Folgerungen abgeleitet werden"⁶⁾. Die mit dieser Personenstellung verknüpften Vorstellungen könnten schon deshalb nicht als absolut und allgemeinverbindlich anerkannt werden, weil es keine absolute Rechtssubjektivität gebe. Der Begriff sei ein Relationsbegriff und nur auf ganz bestimmte Rechtsbeziehungen anwendbar. Er brauche deshalb keineswegs in allen Rechtsbeziehungen derselbe zu sein. Das gelte in ganz besonderem Maße von einem so vielschichtigen Gebilde wie dem Staat. Der Staat könne in völlig verschiedenen Gestalten, so in der Rechtsrelation des Völkerrechts, in den Beziehungen zu den Staatsbürgern oder im Rechtsverhältnis zu seinen Organen oder Organwaltern auftre-

1) Im Ergebnis auch wie Ossenbühl Dahm S. 313; Nawiasky, Staatslehre S. 120 ff.; Klein, Rechtsqualität S. 163 ff.

2) Grundfragen S. 19 ff..

3) VA S. 285 ff.; siehe oben S. 51 ff..

4) RechtsVO S. 211 ff.; siehe oben S. 48 ff..

5) Grundfragen S. 21.

6) aaO S. 22.

ten. Die "anthropomorphistische Deutung des Staates"¹⁾ erscheine daher absonderlich und den heutigen Vorstellungen nicht mehr gerecht werdend.

Der Gesichtspunkt der Impermeabilität der Staatsperson und die hiermit verbundenen gedanklichen Assoziationen von "personeninneren" und "personenäußeren", von rechtsfreien und rechtsbeherrschten Kreisen müsse schon als im Ansatzpunkt verfehlt bezeichnet werden. Deshalb könnten hieraus keine Kriterien entwickelt werden, das Recht vom rechtsfreien Raum, den Rechtssatz von der Verwaltungsverordnung, den VA von der innerdienstlichen Anweisung abzugrenzen.²⁾

Verweisend auf Thoma³⁾, Kaufmann⁴⁾ und Heller⁵⁾ gelangt Rupp aufgrund einer Analyse der historischen Entwicklung des Gesetzesbegriffes und der Erkenntnis, daß in dieser Entwicklung sich ein "Gedankensprung" befinde⁶⁾, der bis heute noch nicht überwunden sei, zu dem Ergebnis, daß auch die Regelungen in den "bGen" Rechtsvorschriften darstellten. Nichts sei verkehrter als der verbreitete Irrtum, der Rechtssatzbegriff historisch-konventioneller Prägung lasse sich irgendwie theoretisch, logisch, philosophisch bestimmen.⁷⁾ Denn der Begriff des Rechtssatzes könne immer nur die vom Recht im Gegensatz zu den von Sitte, Sittlichkeit, Religion oder von rechtsloser Gewalt gesetzten Geboten bezeichnen. Aus welchen Gründen sollten denn die internen Regelungen bindende Wirkung entfalten, wenn nicht aus Gründen des Rechts.⁸⁾

Brohm⁹⁾ räumt ebenso den "innerstaatlichen Regelungen" Rechtscharakter ein. Dies erkläre sich aus dem Wandel des Rechtssatzbegriffes. Als ein historisch-konventioneller Begriff ha-

1) aaO S. 23 unter Verweis auf Bluntschli S. 13.

2) aaO S. 23/24.

3) Vorbehalt S. 167 ff.; HbdDStR II S. 225.

4) Artikel S. 696; Übertragung S. 174.

5) VVDStRL 4, 111 ff..

6) aaO S. 26; vgl. auch Böckenförde, Gesetz S. 235.

7) vgl. Thoma, Vorbehalt S. 176.

8) aaO S. 28.

9) DÖV 1964, 246 ff..

be er einen eminent politischen Charakter gehabt. Es galt, im Konstitutionalismus über die Gesetzgebung weite Bereiche der Krone zu entziehen und der Mitsprache der Volksvertretung zu unterstellen.¹⁾ Bei dieser Abgrenzung der "Machtsphären" fiel auch der monarchischen Exekutive über den rechtsfreien Innenraum mit seinen Verwaltungsvorschriften ein bedeutender Bereich zur eigenen Gestaltung zu.

Diese historisch bedingte politische Funktion des Rechtsatzbegriffes sei im heutigen demokratischen Rechtsstaat nicht mehr gegeben. Es gehe hier nicht mehr um die Abgrenzung von Machtsphären zwischen einer absolutistischen Gewalt und den Repräsentationsorganen des Bürgertums. Der "staatliche Bereich" existiere nicht aus sich selbst heraus; er bilde vielmehr zusammen mit dem "gesellschaftlichen Bereich" das politische Gemeinwesen²⁾ und erhalte erst aus der Gestaltung dieser Gesamtheit seine Funktion und seine Rechtfertigung. Diese Gestaltung erfolge durch das Recht; sie finde ihre demokratische Legitimation in der Verfassung oder in Gesetzen. Es könne daher in dem vom Grundgesetz konstituierten politischen Gemeinwesen keine "staatlichen" Lebensbereiche geben, die aus dem Recht ausgeklammert seien und kraft eigener Bestimmung mit einer "tatsächlichen" Ordnung in sich ruhen.³⁾ Die Normen in einem "bG" entspringen derselben Rechtsordnung, die auch im gesellschaftlichen Bereich als staatlich gesetztes Recht verbindlich gelte. Von einer "Hereinnahme" von Lebensbereichen "in den Staat" mit der Folge, daß diese damit dem Recht entzogen seien oder einer anders legitimierten "Gewalt" unterständen, könne in einem po-

1) vgl. oben S. 41/42.

2) Dies bedeute aber nicht, daß es keinen Staat mehr gebe, dem der einzelne nicht auch als gegenübergestellt gedacht werden könnte. Man müsse sich allerdings bewußt bleiben, daß der "Staat" hierbei in dem engeren Sinne einer organisierten Herrschaftsfunktion verstanden werde, wie er uns insb. in der Verwaltung als Organisationseinheit gegenüber trete, so aaO S. 247. Vgl. auch Ehmke, Staat S. 25.

3) aaO S. 247 r. Sp.; vgl. auch Rinken JuS 1968, 258, wonach für das "bG" als rechtsfreier Raum, als eine Domäne entverfaßter Gewalt (so Krüger VVDStRL 15, 131) in der freiheitlich-rechtsstaatlich-demokratischen Verfassung grundsätzlich kein Platz sei.

litischen Gemeinwesen nicht die Rede sein, in dem alle verbindliche Ordnung nur einen Ursprung kenne.¹⁾

Dieses Ergebnis bestätige sich in der generellen Stellung des einzelnen zum Staat. Er stehe im Staat als ein "Bürger", der in seiner Person anerkannt und vorausgesetzt werde. Der einzelne stelle niemals bloßes Objekt irgendeiner "Staatsgewalt" dar, auch im "bG" nicht. Diese Vorschriften begründeten Rechte und Pflichten für den einzelnen, die er in seiner Person, als "Rechtssubjekt", zu erfüllen habe. Sie gestalteten die durch die Verfassung und u.U. auch durch Gesetz festgelegte Sonderordnung des jeweiligen Lebensbereiches weiter aus. Nicht zuletzt aus diesen Gründen müßten die Verwaltungsvorschriften im "bG" als Rechtsnormen qualifiziert werden.²⁾

b) Stellungnahme:

Der Überblick über bestehende Literatur und Rechtsprechung zeigt, daß der Rechtssatzbegriff mit zweierlei Maß gemessen wird.³⁾

Im logisch-philosophischen Sinne fallen unter diesen Begriff alle Normen, die nicht zu solchen der Sitte, Moral oder Religion zählen, also alle diejenigen Vorschriften, die kraft einer - positiven oder negativen - Relation zur Rechtsordnung selbst rechtlich Relevanz besitzen. Dieser Begriff umfaßt auch solche Normen und Weisungen, die lediglich innerhalb des Staatsorganismus wirken, also Weisungen und Verwaltungsvorschriften im "bG"

1) aaO S. 247 r. Sp.; so auch Jesch, Gesetz S. 1 ff.; JZ 1960, 282 ff.; AöR 84, 74 ff..

2) aaO S. 247 l. Sp..

3) Diese Erkenntnis ist nicht neu. Sie geht auf Thoma, Vorbehalt S. 176 zurück. Vgl. Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften S. 157 Fußn. 18 und Brohm DÖV 1964, 264 (vgl. oben S. 56/57 und S. 58 ff.), die dagegen zwar mehr Abstufungen innerhalb der Rechtssätze zulassen, dabei allerdings von einem einheitlichen Rechtsbegriff ausgehen. Hier dagegen wird nicht innerhalb des Rechtssatzbegriffes differenziert, sondern Rechtssatz als Begriff des Rechtes jeweils anders festgelegt. Jesch, Gesetz S. 17 Fußn. 43 wendet sich gegen diesen dem Rechtssatz zugrunde liegenden "doppelten Rechtsbegriff".

4) vgl. Coing S. 16; Dahm S. 1 ff.; Bachof VA S. 290 Anm. 17; Jacobi VerwVOen S. 255; Kelsen, Hauptprobleme S. 1 ff.; Thoma HbDStR II, 222 ff.; vgl. auch Rauch, Diss. S. 39 Anm. 2.

Im historisch-konventionellen Sinne versteht man unter dem Rechtssatzbegriff nur die Regelungen im allgemeinen Staat-Bürger-Verhältnis.¹⁾ Das Internum des Staates, einschließlich der "bGe", bildete einen rechtsfreien Raum. Indem man Recht und Gesetz identifizierte und folglich nur die aufgrund eines Gesetzesvorbehalts erlassenen Regelungen als Rechtssätze charakterisierte, gelang es, eine Kompetenzregelung zu schaffen, die den politischen Anschauungen des liberalen Bürgertums, des antinomischen Dualismus von Staat und Gesellschaft gerecht wurde.²⁾

Nicht der theoretisch-logische, sondern dieser "praktisch-verfassungsrechtliche" Rechtsbegriff lag dem damaligen Verfassungsrecht zugrunde.³⁾

Wenn aber die Verfassung diesen Rechtsbegriff festlegt, indem sie an das Vorliegen von rechtlichen Normen bestimmte Voraussetzungen und Folgen knüpft, anerkennt sie seine Wandlungsfähigkeit, d.h. das Recht unterliegt der Disposition des jeweiligen Verfassungsgebers.⁴⁾ Die Kernfrage lautet deshalb: Hat sich dieser Rechtssatzbegriff aufgrund unserer heutigen Verfassungsstruktur gewandelt?⁵⁾

Die Verfassung des konstitutionellen Staates legitimierte nur einen Teil der Staatsgewalt, den des Volkes, ausgeübt durch das Parlament. Entsprechend der monarchischen Kompetenzpräsumtion blieb der andere Teil der Krone vorbehalten. So war die Staatsgewalt dualistisch gespalten, an zwei soziale Mächte verteilt.⁶⁾

Da nach damaliger Auffassung aber die Verfassung als einzi-

1) vgl. oben S. 43 ff..

2) vgl. oben S. 41/42.

3) vgl. Thoma, Vorbehalt S. 176; Scheuner, Smend-F. S. 266.

4) so auch Krüger VVDStRL 15, 109 ff.; Nafpliotis, Diss. S. 43: Der Begriff des "bGes" als rechtsfreier Raum entspringe einem bestimmten politischen Zustand. Wird dieser geändert, so müsse auch das "bG" diesem Wandel unterliegen. Vgl. auch Scheuner, Smend-F. S. 266/267; Brohm DÖV 1964, 264 r. Sp..

5) Unproblematisch ist der Rechtsbegriff im philosophischen Sinne. Aufgrund seiner unveränderbaren, von der jeweiligen Verfassung unabhängigen Definition wären hiernach alle staatlichen Regelungen Rechtssätze.

6) siehe oben S. 41/42.

ge Quelle des Rechts betrachtet wurde und hieraus nur das Parlament seine Regelungsbefugnis ableitete, blieb zwangsläufig der weite Herrschaftsbereich des Monarchen, das Innenverhältnis des Staates, einschließlich der "bGe", rechtsfrei.¹⁾

Demgegenüber bildet die geltende Verfassung die Grundlage aller staatlichen Gewalt, die alleinige Legitimation staatlichen Handelns.²⁾ Keine Lebensbereiche sind ausgenommen. Eine Kompetenzpräsumtion zugunsten einer anderen Person oder Institution besteht nicht mehr.

Daraus folgt, daß allein eine Interpretation der Verfassung mit ihrem "Alles-Regelungsanspruch" die Frage nach der Zulässigkeit rechtsfreier Räume zu beantworten vermag. Präzisiert heißt dies: Gestattet die heutige Verfassungsstruktur, daß Lebensbereiche, wie die "bGe", ganz oder auch nur teilweise³⁾ der rechtlichen Ordnung entzogen sind?

aa) Rechtsstaatlichkeit:

Das Wesen jedes Rechtsstaates, auch dem des Bonner Grundgesetzes,⁴⁾ zeigt sich in seiner durchgehenden Rechtserfülltheit. Durch das Recht gewinnt alle staatliche Tätigkeit Maß und Form. Kompetenzregelungen, Verfahrensvorschriften und Freiheitsrechte betten die Staatsgewalt in ein rechtliches Ordnungssystem ein, so daß sie zu legitimierter Staatsgewalt erst dadurch wird, daß sie sich in dem vom Recht vorgeschriebenen Prozeß entwickelt, sich gemäß den vom Recht vorgeschriebenen Formen äußert und sich innerhalb der vorgezeichneten Grenzen bewegt. In einem solchen rechtlich verfaßten Staat, dessen Organisation ausschließlich das Recht bildet, ist auch nur eine beschränkte Herausnahme der Verwaltung aus diesem Rechtsbereich unzulässig. Auch politische Gründe ver-

1) Dies war ausschließlich eine politische Lösung.

2) vgl. Badura DÖV 1968, 446: "Die Verwaltung ist nicht mehr der Arm des durch eine transzendente Legitimität aus der bürgerlichen Gesellschaft herausgehobenen Monarchen. Sie ist, durch die Vermittlung des Parlaments, zum Instrument der egalitären Gesellschaft geworden."

3) In einigen "bGen", wie im Beamten-, Wehr- und Schulverhältnis, existieren bereits grundlegende gesetzliche Bestimmungen, so daß insoweit nur von einer beschränkten Rechtsfreiheit die Rede sein kann.

4) Dazu, daß das GG von einem Rechtsstaat ausgeht, vgl. S. 1 fr.

mögen eine Enklave von ²Rechtsfreiheit inmitten eines Rechtsstaates nicht zu rechtfertigen.

Entsprechend dieser Vorstellung normiert die Verfassung in Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG die Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht und kennzeichnet damit die Rechtserheblichkeit aller Akte der Verwaltung. Wenn sie in Art. 84, 85, 86 GG "Innenverhältnisse" anspricht, so doch nur als rechtlich geregelte Sachverhalte. Wie auch sonst, wenn nicht mit dem Regelungsinstrument des Rechts, das ihr nur zur Verfügung steht, könnte die Verfassung diese Bereiche erfassen.

Auch die Verwaltung ist eine Institution der Verfassung, der ein verfassungsrechtlicher Generalauftrag immanent ist. Diese Integration in die Verfassung und ihr Generalauftrag, durch konkrete Entscheidungen und abstrakt-generelle Regelungen die Staatszwecke zu verwirklichen,¹⁾ beweist, daß die Verwaltung nicht außerhalb der Verfassung steht, weder vor- noch außerrechtlich, weder vor- noch außerstaatlich ist. Erst die staatliche Rechtsordnung, voran die Verfassung, weist ihr den Aufgabenbereich zu. Vorkonstitutionelle, genuine Regelungskompetenzen existieren nicht mehr. Da demgemäß eine Akzessorietät der Verwaltung zur Verfassung vorherrscht, die Wurzeln der Verwaltung also in einem Rechtsgebilde liegen, ist auch die Verwaltung nur zu rechtlich geregelter Staatstätigkeit befähigt.

Zum gleichen Ergebnis führt die im Grundgesetz verankerte freiheitliche Stellung des Individuums zum Staat. Das Grundgesetz setzt den politisch-sozial mündigen, den freiheitlich autonomen und gesellschaftlich verantwortlichen Bürger voraus²⁾ und garantiert ihm in den Grundrechten die Freiheit zur Selbstbestimmung, Emanzipation und Individualität. Der in der Verfassung in Art. 1 Abs. 1 GG niedergelegte Grundsatz der Achtung und des Schutzes der Menschenwürde verbietet, den Menschen zum bloßen Objekt staatlichen Handelns herabzuwürdigen. Diesen Prinzipien widerspräche es aber, könnte die Staatsgewalt im "bG" für die Gewaltunterworfenen verbindliche Regelungen erlassen, deren Rechts- und Pflichten-

1) vgl. Peters Lb S. 5.

2) vgl. Häberle VVDStRL 30, S. 43 ff..

stellung normieren, ohne ihnen insoweit Rechtssubjektscharakter zuzuerkennen. Die Theorie von den subjektlosen Beziehungen im "bG" ist spätestens mit der Geltung des Grundgesetzes unhaltbar geworden.¹⁾ Zurecht wurde erkannt, daß das "bG" nicht nur in die Innensphäre der Verwaltungsorganisation fällt, sondern stets auch "ein Verhältnis der physischen Mitglieder zu den Trägern des besonderen Gewaltverhältnisses"²⁾ beinhaltet. Auch wenn damit der einzelne in einem "bG" steht, verliert er nicht den Status eines Staatsbürgers, bleibt er selbständiges Rechtssubjekt. In gleicher Weise tritt der Gewaltunterworfenen dem Gewaltherrn gegenüber wie jeder andere Staatsbürger dem Staat.

bb) Sozialstaatsprinzip:

Der Rechtsfreiheit des "bGes" widerspricht ebenfalls das Sozialstaatsprinzip. Das Grundgesetz normiert es in Art. 20 Abs. 1 GG.³⁾ Als Staatszielbestimmung legt es dem Staat die Pflicht auf, die sozialen Gegensätze abzubauen und für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen. Jedem einzelnen Bürger soll die Möglichkeit eröffnet werden, ein menschenwürdiges Dasein zu führen, d.h. unter gewissen Voraussetzungen hat er einen Leistungsanspruch auf Fürsorge gegenüber dem Staat. Diese gewährende Tätigkeit, die vor allem in der Gewährleistung existenzieller Lebensvoraussetzungen besteht, kennzeichnet den Sozialstaat.⁴⁾

Anders dagegen der Staat der konstitutionellen Monarchie. Die Funktion des Rechts bestand in der Schrankenziehung, d.h. der Abgrenzung der Freiheitssphären der Individuen untereinander und gegenüber dem Staat. Die staatliche Tätigkeit

1) Schon seit Entstehung haftete der Theorie von der Impermeabilität der Staatsperson, vom innerpersonalen, folglich rechtsfreien Raum eine Widersprüchlichkeit an. Vgl. die Angaben auf S. 44/45 Fußn. 1.

2) so Rupp, Grundfragen S. 41.

3) Wortlaut: "Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat." Vgl. auch Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG.

4) vgl. Bundessozialhilfegesetz; zur Sozialstaatsklausel vgl. Arndt C.; Hartwich; Bachof VVDStRL 12, 37 ff.; Badura, Verwaltungsrecht; DÖV 1968, 446 ff.; Böhm; Forsthoff VVDStRL 23, 8 ff.; Rechtsstaatlichkeit.

äußerte sich vorwiegend in Verboten und Geboten an den Bürger. Gegen Mißbrauch schützten diesen die Grundrechte als grundlegende Abwehrrechte des einzelnen gegenüber dem Staat. Ansprüche des einzelnen auf Leistungsgewährung und die damit korrespondierende Verpflichtung des Staates waren ihm fremd. Da demgemäß die Beziehung Staat-Individuum fast ausschließlich durch Eingriffsakte gekennzeichnet war, konnte die Beschränkung des Rechts entsprechend der "Freiheits- und Eigentumsklausel" den damaligen Anforderungen an den Rechtsschutz des Bürgers durchaus gerecht werden. Die vielfältigen sozialen Leistungen des heutigen Staates bedingen jedoch eine stärkere Abhängigkeit des einzelnen. Staat und Individuum stehen sich nicht mehr getrennt durch die Bastion des Rechts gegenüber, sondern sie sind eine neuartige Verbindung eingegangen. Der einzelne steht nicht mehr neben dem Staat, sondern ist in ihn integriert. Diese neue Situation, vor allem die gesteigerte Abhängigkeit des einzelnen vom Staat, vermag das Recht nur dann zu bewältigen, wenn es sich von der bloßen Abwehrfunktion, dem Schutz der individuellen Freiheit vor dem Staat, löst und sich in die grundlegende gegenseitige Zuordnung, zur Garantie der Freiheit zum Staat, wandelt.¹⁾ Die "bGe" blieben von dieser Entwicklung nicht unberührt. Vielfach sind auch hier die staatlichen Leistungen, die eine stärkere Bindung des Gewaltunterworfenen an den Staat bewirken. Man denke z.B. an Lernmittelfreiheit und Ausbildungsbeihilfe im Schulverhältnis, an die umfassende Fürsorge des Staates im Beamtenverhältnis (Krankheitshilfe, Altersversorgung etc.), an die berufliche Aus- und Weiterbildungsmöglichkeit (z.B. Hochschule) im Wehrdienstverhältnis, an die zahlreichen Resozialisierungsmaßnahmen (z.B. berufliche und schulische Ausbildung) im Strafgefangenenverhältnis. Gerade diese freiheitsgefährdende Abhängigkeit, der Gegensatz zwischen dem allmächtigen Staat und dem schwachen Bürger verlangt, daß der einzelne nicht als bloßes Versorgungsobjekt, sondern als selbständig handelndes Subjekt betrachtet wird, "dessen freie Selbstverwirklichung vom Hoheits-

1) vgl. Bachof VVDStRL 12, 80; Hesse, Rechtsstaat S. 74.

träger zu beachten und zu beschützen ist"¹⁾. Die Rechtsfreiheit der "bGe" ist damit mit dem Sozialstaatsprinzip unvereinbar.

cc) Demokratiegebot:

Ein letztes gewichtiges Argument folgt aus dem Demokratiegebot der Verfassung.²⁾ Nach überkommener Meinung waren Staatsgewalt und Recht getrennt. Die Staatsgewalt, von Natur aus vorgegeben, wurde beschränkt durch das Recht, das entsprechend den verfassungsrechtlichen Vorschriften entstand.³⁾

Heute dagegen ist nach dem Grundsatz "Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus" des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG das Volk der primäre Träger der Staatsgewalt.⁴⁾ Dieses Abstellen auf das Volk bedeutet, daß sich die staatliche Willensbildung entsprechend den bestimmten sozialen und rechtlichen Verhältnissen ändern kann. Der Staat wird als Prozeß begriffen. Die staatliche Willensbildung erwächst aus einem Funktionsvorgang, entsprechend den in der Verfassung festgelegten Regeln. Das rechtlich geordnete Zusammenwirken politischer Faktoren läßt die Staatsgewalt ständig neu entstehen und sie so für die jeweiligen staatlichen Dienste fruchtbar werden.⁵⁾ Von der Staatsgewalt als vorgegebene Größe kann daher nicht die Rede sein.

Gleiches gilt für die Trennung von Staatsgewalt und Recht. Durch den gemeinsamen Bezugspunkt "Volk" bedingen sich Recht und Staatsgewalt gegenseitig. Einerseits legitimiert das Recht die Staatsgewalt, andererseits verhilft die Staatsgewalt dem Recht zur Durchsetzung.

1) so v. Unruh DÖV 1974, 514.

2) vgl. Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 Satz 1, 20 Abs. 2 GG.

3) siehe oben S. 42/43.

4) vgl. Maunz in M-D-H Art. 20 Rdnr. 29 ff. mit weiteren umfassenden Nachweisen.

5) vgl. Badura DÖV 1968, 448: "Durch die bei dem egalitär und von den politischen Parteien organisierten Parlament monopolisierte gesetzgebende Gewalt gestaltet die Gesellschaft ihre Rechtsordnung und revolutioniert dadurch sich selbst in einem permanenten und gewaltlosen politischen Prozeß."

Als Ergebnis dieser Stellungnahme bleibt festzuhalten, daß die heutige Verfassungsstruktur keine rechtsfreien Räume mehr duldet. Das bedeutet, daß die "bGe" rechtlich ebenso strukturiert sein müssen wie das "aG".

3. Originäre Rechtsetzungsgewalt der Exekutive¹⁾ im "bG"

Steht fest, daß zur Regelung "bGe" Rechtsnormen erforderlich sind, knüpft sich hieran die Frage nach der Kompetenz zum Erlaß dieser Vorschriften. Allein aus der notwendigen Rechts-satzqualität kann weder auf die Zuständigkeit des Gesetzgebers noch auf die Unzuständigkeit der Exekutive geschlossen werden. Wie der vorhergehende Abschnitt zeigt, können beide nur zu Rechtsregelungen befähigt sein. Demgemäß scheidet die Verwaltungsverordnung von der Rechtsverordnung nicht mehr die mangelnde rechtliche Natur, sondern nur noch die Erlaßkompetenz. Insoweit verkörpern beide Begriffe eine verfassungsrechtlich festgefügte Kompetenzordnung. Der Erlass von Rechtsverordnungen ist an die Voraussetzungen des Art. 80 GG gebunden und damit an eine formell-gesetzliche Ermächtigung. Zum Erlass von Verwaltungsverordnungen ist eine solche Ermächtigung nicht erforderlich. Die Exekutive ist hierzu aus eigener Zuständigkeit befugt.

Präzisiert lautet daher die Frage: Gestattet die Verfassung der Exekutive, die Bereiche der "bGe" kraft originärer Rechtsetzungsbefugnis durch Verwaltungsverordnungen zu regeln?

Die Antwort gibt die Verfassung in dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes. Danach ist alle staatliche Gewalt zu be-

1) Obwohl hiermit speziell die Verwaltungstätigkeit gemeint ist, wird dennoch von der Exekutive gesprochen. Dadurch ist jedenfalls auch das "bG" des Wehrverhältnisses erfaßt. Während bestritten wird, ob die Kommandogewalt Staatsverwaltung oder ein eigenständiger Teil der Exekutivfunktion ist, stellt sie immer vollziehende Gewalt dar. Vgl. hierzu Ehrhardt S. 99 ff. m.w.N.. Verwiesen wird auf das Verfassungsänderungsgesetz v. 19. 3. 1956 (BGBl I S. 111), wodurch das Wort "Verwaltung" in Art. 1 Abs. 3 GG durch "vollziehende Gewalt" ersetzt wurde, um so klarzustellen, daß das Wehrverhältnis unter den Begriff der grundrechtsgebundenen Exekutivgewalt des Staates fällt. Vgl. auch Schulte S. 48 ff..

lastenden Eingriffen in die Rechte der der Rechtsordnung Unterworfenen nur befugt, wenn und insoweit die Legislative sie durch ein dazu ermächtigt oder dem Gesetz vorgehendes Verfassungsrecht¹⁾ dies gestattet. Im Rahmen dieser Untersuchung kann dieser klassische Eingriffsvorbehalt zugrunde gelegt werden. Die Problematik, ob an seine Stelle aufgrund der heutigen Verfassungsstruktur gerade in Anbetracht der wachsenden Leistungsverwaltung ein Totalvorbehalt oder zumindest ein erweiterter Gesetzesvorbehalt zu setzen ist, braucht im Rahmen dieser Arbeit nicht gewürdigt zu werden,²⁾ da jedenfalls im "bG" Eingriffsakte vorliegen.³⁾ Die Frage reduziert sich auf den bloßen Umfang des Eingriffsvorbehalts. Galt dieser früher unzweifelhaft nur im Bereich des "aGes", so könnte doch die geltende Verfassung eine Erweiterung seines Umfangs auf die "bGe" mit sich gebracht haben. Ein erheblicher Teil der Literatur verneint es und spricht der Exekutive im "bG" auch nach dem Wandel der Staatsform originäre Rechtsetzungsgewalt zu.⁴⁾ Der Erlaß von Regelungen

-
- 1) vgl. z.B. die unmittelbaren Verfassungsermächtigungen in Art. 45 PreußVerf v. 30. 1. 1850; § 89 WürttbgVerf v. 25. 9. 1819; § 87 SächsVerf v. 4. 9. 1831.
 - 2) Zu dieser Problematik wird verwiesen auf: Lang, Diss. S. 77 ff.; Hamann-Lenz S. 346 f.; Bullinger S. 93 ff.; Baedeker, Diss. S. 49 ff.; Völcker, Diss. S. 1 ff.; Jesch, Gesetz S. 171 ff.; Mallmann VVDStRL 19, 181 ff.; Ossenhühl, Verwaltungsvorschriften S. 211 ff.; Bachof VVDStRL 12, 57; Bellstedt DÖV 1961, 161 ff.; Zacher VVDStRL 25, 309 ff.; Spanner, Kodifikation; Rupp, Grundfragen S. 113 ff.; DVBl 1959, 84 f.; Ipsen VVDStRL 25, 257 ff.; DVBl 1956, 461 ff., 498 ff., 602 ff.; Maunz BayVBl 1962, 1 ff.; Gröpl BayVBl 1962, 193 ff.; Lerche NJW 1961, 1753 ff.; Rüfner S. 220 ff.; Köttgen DVBl 1953, 485 ff.; Peters, Verwaltung S. 206 ff..
 - 3) Es ist nicht gängig, die "bGe", vor allem die Schule und das Beamtenverhältnis, der Leistungsverwaltung zuzurechnen. Eingriffe in die Rechtssphäre der unterworfenen Personen liegen unzweifelhaft vor. Es ist abwegig, diese belastenden Maßnahmen lediglich als Modalitäten einer mit Begründung des "bGes" gewährten Begünstigung zu betrachten.
 - 4) so vor allem Groß NJW 1969, 2186 f.; DÖV 1971, 186 ff.; Köttgen, Freiheitsschutz S. 376; Krüger, RechtsVO S. 216; Böckenförde-Grawert AöR 95, 19 ff. speziell für das "bG". Vgl. auch Selmer JuS 1968, 498, der der Exekutive lediglich eine "konkurrierende Regelungskompetenz im jeweiligen Verwaltungsverhältnis" zuspricht, soweit als der "Integrationskern", das Betriebsverhältnis i.S. Ules tangiert sei.

im "bG" gehöre nicht in den Vorbehaltsbereich der Legislative. Nach tradierter Meinung beziehe sich dieser nur auf Eingriffe in Freiheit und Eigentum des Bürgers im Staat-Bürger-Verhältnis, wo die "bGe" ausgeklammert waren. Hieran habe das Grundgesetz nichts geändert. Folglich gelte auch Art. 80 GG nur für "Rechtssätze und Rechtsverordnungen im traditionellen Sinne".¹⁾

Demokratische und rechtsstaatliche Erwägungen könnten dieses Ergebnis nicht widerlegen. Auch die Exekutive habe demokratische Legitimation. Gerade der Übergang zur demokratischen Verfassungsstruktur gegenüber der konstitutionellen Monarchie führte zu dieser Legitimation. Das Volk stehe nicht mehr einem unkontrollierbaren Monarchen und seiner "Gewalt" gegenüber, sondern alle Herrschaftsgewalt und jede staatliche Funktion gehe grundsätzlich vom Volk aus, werde von ihm eingesetzt und kontrolliert.²⁾ So bestehe der Gegensatz zwischen Legislative und Exekutive nur auf der unmittelbaren oder mittelbaren Legitimierung dieser "Gewalten" durch das Volk.³⁾ Nur ein gradueller Unterschied sei zu erkennen. Le-

1) so Böckenförde-Grawert AöR 95, 27; einschränkend Selmer VerwArch 59, 133 ff., der zumindest die Regelungen im "bG" mit Außenwirkung unter Art. 80 GG fallen lassen möchte. Böckenförde-Grawert aaO S. 27/28 stützen ihre Ansicht auf die landesrechtlichen Regelungen des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes (Art. 58 Bad-WürttbgVerf; Art. 2 Abs. 2 HessVerf: "Niemand kann zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung gezwungen werden, wenn nicht ein Gesetz oder eine auf Gesetz beruhende Bestimmung es verlangt oder zuläßt."; Art. 70 Abs. 1 BayVerf; Art. 45 BerlVerf: "Die für alle verbindlichen Gebote und Verbote ..."; Art. 32 NdsVerf: "Allgemein verbindliche Anordnungen der Staatsgewalt ...") mit der Folgerung, daß die Gesetzgeber hier auch nur die überkommene "Eigentums- und Freiheits-Formel", also Ausschluß des "bGes", festlegen wollte.

2) vgl. Böckenförde-Grawert AöR 95, 26, wonach die Kontrolle durch das Volk in der Wahl und in der Vertrauensabhängigkeit der Regierung vom Parlament, im Frage-, Kontroll- und Budgetrecht der Volksvertretung, in der Verantwortlichkeit und Rechenschaftspflicht der Minister bestehe.

3) Böckenförde-Grawert aaO verweisen hier zwar weniger auf Art. 20 Abs. 2 GG als auf die landesrechtlichen Regelungen wie Art. 66 BremVerf, Art. 71 HessVerf, Art. 75 Rhld-PfVerf, wo in diesem Sinne ausdrücklich zwischen "unmittelbar" und "mittelbar" ausgeübten Staatsgewalt unterschieden wird. Vgl. auch Peters, eigenst. Staatsgewalt S. 29 f..

gitimiere sich die Exekutive aber demokratisch, so entbehre der Vorwurf des Undemokratischen gegenüber einer "eigenständigen Exekutivegewalt" jeglicher Berechtigung.¹⁾

Ebenso widerspreche der Gewaltenteilungsgrundsatz nicht der originären Rechtsetzungsgewalt der Exekutive. Die "Rechtsätze" im "bG" genügten dem gewaltenteilenden Prinzip, der Bindung der vollziehenden Gewalt an Gesetz und Recht "zwar nicht auf vollkommene Weise"²⁾, aber doch nach Maßgabe eines zu fordernden Minimums an sowohl formell-gesetzlicher Ermächtigung als auch rechtssatzmäßiger Gegliedertheit. Dies folge daraus, daß die Gewaltentrennung in der Verfassungsordnung nicht restlos, sondern nur im Grundsatz verwirklicht sei.³⁾

Art. 20 Abs. 3 GG verlange zwar eine Bindung an Gesetz und Recht, was aber nicht bedeute, daß die Exekutive durch das Gesetz zuerst konstituiert und handlungsfähig gemacht werden müsse.⁴⁾ Vielmehr stelle er die Organe der Gesetzgebung, der Rechtsprechung und auch der Verwaltung gleichwertig nebeneinander, als unabhängige Gewalten auf gleicher Stufe. Nur insoweit sei die Gesetzgebung übergeordnet, als die Rechtsprechung und Verwaltung an die bestehenden Gesetze gebunden seien.⁵⁾

1) vgl. Bullinger S. 93 ff.; Vogel VVDStRL 24, 147 ff.; Böckenförde-Grawert aaO.

2) Dies folgert Schüler-Springorum S. 74 f. für die Vorschriften der DVollzO. Den Einklang mit der Gewaltenteilung bejahen generell: Thieme JZ 1964, 82; Groß NJW 1969, 2186 f.; DÖV 1971, 186 ff.; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften S. 211 ff.; Ermacora VVDStRL 16, 222 f..

3) vgl. Groß DÖV 1971, 188.

4) vgl. Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften S. 228 f.; Böckenförde-Grawert aaO S. 26; vgl. auch Peters, eigenst. Staatsgewalt S. 29: "Demokratie gibt dem Parlament die legislative Kompetenz, setzt es aber nicht als einziges, alles beherrschendes Staatsorgan ein. Wie für eine unabhängige Justiz gibt es auch Raum für eine eigenständige Verwaltung."

5) Vgl. Kaufmann, Übertragung S. 174, der die Legislative zwar als oberste, aber nicht als alleinige rechtsetzende Gewalt bezeichnet.

Peters, Verwaltung S. 214 lehnt es als unzulässig ab, "die Verwaltung zum unselbständigen Ausführungsorgan des Parlaments zu degradieren".

Zudem sei zu berücksichtigen, daß Art. 20 Abs. 3 GG vor allem eine Bindung der Verwaltung und Rechtsprechung an das "Recht fordere. Gemäß der Konzeption des Grundgesetzes stünde über allen Zweigen der Staatsgewalt die Herrschaft des Rechts.¹⁾ Bei Kollision von Recht und Gesetz sei das Recht höherwertig.²⁾ Nachdem sich aber Recht nicht nach irgendwelchen metaphysischen Wertungen bestimme, sondern nach den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates,³⁾ dulde Art. 20 Abs. 3 GG auch, daß im Rahmen der "bGe" ohne gesetzliche Grundlage in die Rechtssphäre des Gewaltunterworfenen eingegriffen werde, wenn die Maßnahme an sich rechtmäßig sei. Der Verfassungsgeber habe nicht die Absicht gehabt, die herkömmliche Institution des "bGes" von Grund auf zu ändern.⁴⁾

Das Gewaltenteilungsprinzip dürfe nicht als starres Schema aufgefaßt werden.⁵⁾ Seine Aufgabe sei, zurückgehend auf den

Peters, eigenst. Staatsgewalt S. 15 begründet gerade mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz, daß nicht für jegliches Tätigwerden der Verwaltung eine Ermächtigung des formalen Gesetzgebers erforderlich sei. Seit Übernahme der Gewaltenteilungslehre Montesquieu's in den verschiedensten Staaten der Welt bestehe eine Ausbalancierung der politischen Kräfte gerade dadurch, daß die drei klassischen Staatsgewalten eigenständig nebeneinanderstehen. Darin liege der große Vorzug einer Staatsform, wie sie auch von der BRD mit Annahme des Grundgesetzes gewählt worden sei.

- 1) Zu dieser unbestrittenen Aussage vgl. statt vieler Mangoldt-Klein S. 602.
- 2) Bestätigung durch das Prüfungsrecht des BVerfG mit der Folge der Nichtigkeitserklärung eines Gesetzes; vgl. Art. 100, 93 Nr. 2 und 4a GG. Vgl. auch die Rspr. zur Rücknahme rechtswidrig begünstigender Vae, so BVerwGE 6, 1 ff.; weitere Nachweise bei Forsthoff, Lehrb. S. 259 ff., insb. S. 262 ff..
- 3) vgl. Maunz StR S. 74; Wernicke, Bonn.Komm. S. 10.
- 4) vgl. Winkler, Diss. S. 71 ff..
- 5) Redeker, Selbstverständnis S. 14 spricht von einem "variablen System der checks of balance" und weist daraufhin, daß tatsächlich die drei Erscheinungsformen staatlichen Handelns immer mehr ineinander übergehen. Es bestehe kein prinzipieller, sondern nur noch ein gradueller Unterschied. Vgl. weiterhin Leisner DÖV 1969, 405 ff.; Böckenförde-Grawert AöR 95, 26 und Hamann-Lenz S. 81, nach denen das Grundgesetz das Prinzip der Gewaltenteilung und -trennung nicht mit absoluter Schärfe und nicht lückenlos durchgeföhrt habe.

Satz Montesquieu's "le pouvoir arrête le pouvoir", die Hemmung der Staatsgewalt durch Dezentralisation. Eine absolute, starre Gewaltenteilung würde heute faktisch zu einer völligen Lähmung der Staatsgewalten führen. Die herkömmliche Gewaltenteilungslehre ignoriere, daß die wachsende Staatstätigkeit der Exekutive immer neue Aufgaben stelle, die einer gesetzlichen Regelung als Grundlage bedürften, daß aber die Parlamente infolge Überlastung, Schwerfälligkeit des Gesetzgebungsapparates und mangelnder Spezialkenntnisse faktisch nicht mehr in der Lage seien, die differenzierte Verwaltungstätigkeit sämtlicher Administrativorgane gesetzlich zu fundieren.

Wenn dennoch die Legislative an ihrem dem Gewaltenteilungsprinzip entsprechenden Gesetzgebungsmonopol festhalten möchte, so sei sie gezwungen, stillschweigend zu tolerieren, daß die Exekutive die von ihr offen gelassenen Stellen ausfüllt.¹⁾ Durch diese begrenzte Rechtsetzungsbefugnis werde die Verwaltung erst vitalisiert. Ihr müsse zur sinngerechten Erfüllung ihrer Aufgaben gerade im modernen sozialen Rechtsstaat größtmögliche Bewegungsfreiheit eingeräumt werden. Dadurch sei einem Verfallen der Exekutive in Erstarrung und Bürokratismus vorgebeugt.²⁾

Es bestehe nicht die Gefahr, daß dem Träger besonderer Administrativaufgaben durch seine Regelungsgewalt eine mit rechtsstaatlichen Grundsätzen unvereinbare Machtfülle erwachse. Denn einerseits sei die Weisungsgewalt durch den Zweck der "bGe", andererseits durch den Kreis der Unterworfenen eng begrenzt.³⁾ Außerdem bestehe ein "legislatives Zugriffsrecht"⁴⁾,

1) vgl. Krüger, RechtsVO S. 219: Von der Exekutive aus betrachtet stelle sich die Situation so dar, daß sie sich mit Hilfe von VerwaltungsVOen diejenige Handlungsfähigkeit schaffe, die sie in jeder Staatsgestaltung benötige, die ihr jedoch das Rechtsetzungsmonopol des Parlaments einerseits, die Unzulänglichkeit, dieser Aufgaben vollständig gerecht zu werden, andererseits, vorenthielten. Vgl. auch Ehmke VVDStRL 23, 258.

2) vgl. Bachof VVDStRL 12, 58 f.; Rehmer DÖV 1958, 437 ff..

3) so Böckenförde-Grawert AöR 95, 30.

4) Man bezeichnet dies als "fakultative Zuständigkeit" des Gesetzgebers. Vgl. Groß DÖV 1971, 188; Böckenförde-Grawert aaO S. 25, 29.

so daß jederzeit die Weisungsgewalt der Exekutive positiv festgelegt werden könne. Ein "bG" dürfe dann nicht von der Verwaltung ohne konstitutive gesetzliche Ermächtigung geregelt werden, wenn der Gesetzgeber kraft seines Zugriffsrechts die Gesamtrégelungsbefugnis für ein "bG" an sich gezogen habe.¹⁾ Allerdings seien die herkömmlichen Ermächtigungen der Exekutive zur Ordnung "bGe" in der Regel nur Aufgaben- und Funktionsumschreibungen, nicht konstitutiv, sondern limitativ.²⁾

Stellungnahme:

a) Wortlaut:

Aus dem Wortlaut der Verfassung können für die Geltung des Vorbehaltsprinzips keine Schlußfolgerungen gezogen werden. Art. 20 Abs. 2 und 3 GG legen eindeutig zwar den Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes fest, nicht aber den des Vorbehalts.³⁾ Der Exekutive ist damit verwehrt, Regelungen contra legem zu treffen. Eine klare Aussage darüber, ob im Bereich der "bGe" gesetzliche Ermächtigungen notwendig sind, fehlt.⁴⁾ Die Bindung an das "Recht" in Art. 20 Abs. 3 GG besagt nur, daß die Exekutive an bestehendes Recht gebunden ist, nicht, daß sie selbst zur Rechtsetzung befugt ist. Die Rechtmäßigkeit eines Aktes allein vermag nicht, das in der Verfassung niedergelegte Verfahren zur Rechtserzeugung außer Kraft zu setzen. Wenn auch unter "Recht" alle von der allgemeinen Rechtsüberzeugung getragenen ungeschriebenen Rechtsnormen verstanden werden, so fällt hierunter nicht ohne weiteres

1) vgl. Böckenförde-Grawert aaO S. 31.

2) so Böckenförde-Grawert aaO S. 29/30.

3) vgl. oben S. 4/5; vgl. auch Maunz-Dürig in M-D-H Art. 20 Rdnr. 128; Rübner, Formen S. 227.

4) Rupp, Grundfragen S. 132 Fußn. 76 sùrcht hinsichtlich der Leistungsverwaltung von einem "traditionsgeladenen Schweigen der gegenwärtigen Verfassungsordnung zum Gesetzesvorbehalt". Dies gilt auch für den Bereich der "bGe". Unrichtig Fuß VVDStRL 23, 213 und Jesch, Gesetz S. 171, nach denen bereits der Wortlaut gegen eine selbständige Rechtsetzungsbefugnis der Verwaltung im "bG" spreche. Mit "vollziehender" Gewalt meine man herkömmlich einen Gegensatz zu "gesetzgebender" Gewalt, die grundsätzlich das Rechtsetzungsmonopol habe.

die originäre Rechtsetzungsgewalt der Exekutive im "bG", ausgenommen es besteht eine gewohnheitsrechtliche Regelung, die der Verfassung nicht widerspricht.¹⁾

Eine klare Aussage bringt auch Art. 80 GG nicht. Er normiert zwar die Voraussetzungen für eine Rechtsverordnung, steckt jedoch nicht die Anwendungsbereiche ab. Die Gegenüberstellung mit den Verwaltungsvorschriften in Art. 84 Abs. 2, 85 Abs. 2 Satz 1, 86 Satz 1 GG indiziert kaum die grundsätzliche Geltung des Art. 80 GG im "bG", weil dieses Institut nicht ausdrücklich in der Verfassung geregelt wurde.

b) Entstehungsgeschichte:

Die Entstehungsgeschichte des Art. 20 GG spricht eher für eine ausnahmslose Geltung des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes, einschließlich der "bGe". Der Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee forderte eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Regelung, um damit einer Wiederkehr nationalsozialistischer Diktatur (Ermächtigungsgesetz) vorzubeugen.²⁾ Dieser Vorschlag wurde letztlich deswegen nicht verwirklicht, weil bereits Art. 20 Abs. 3 und Art. 21 GG³⁾ hierfür als ausreichend angesehen wurden.⁴⁾

c) Geschichtlicher Hintergrund:

Eher für eine Ablehnung originärer Rechtsetzungsgewalt der Exekutive im "bG" spricht auch ein Vergleich zwischen Konstitutioneller Monarchie des 19. Jh., Weimarer Republik und der heutigen Demokratie auf Grundlage des Bonner Grundgesetzes.

Ursprünglich diente der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes der Abgrenzung der Kompetenzen von Krone und parlamentarischer Legislative. Entsprechend dem damaligen Rechtsbegriff

1) Dieses Problem wird auf S. 95 ff. behandelt.

2) so Art. 101 des Entwurfs: "Jede Ausübung der Staatsgewalt bedarf der Grundlage im Gesetz. Rechte und Pflichten der Bürger können nur durch Gesetz begründet werden." Vgl. Bericht über den Konvent S. 46.

3) Diese beiden Artikel wurden später in Art. 20 GG zusammengefaßt. Vgl. Drucksache Nr. 282 v. 16. 11. 1948.

4) Man sah hierin nur eine andere Sprachfassung. Vgl. Protokoll zur 11. Sitzung des Hauptausschusses v. 30. 11. 1948; siehe auch Mangoldt S. 139.

unterlag der Innenbereich des Staates, einschließlich der "bGe", nicht der Kontrolle des Parlaments.¹⁾ Diesen weiten Bereich der Verwaltungsverordnungen hatte somit der Monarch für sich aus seiner absolutistischen Herrschaftsgewalt in die konstitutionelle Monarchie retten können. So wurde mit der Rechtsfigur des "bGes" ein Prinzip des Absolutismus in eine Zeit prolongiert, zu deren rechtsstaatlichen Erfordernissen sie gerade im Gegensatz stand. Unbesehen und unverändert übernahm sie die Weimarer Republik. Trotz des politischen Umbruchs, der Wandlung des Staates in die Demokratie, blieb die Exekutive in ihrem Kompetenzbereich unangestastet, was in dem Spruch zum Ausdruck kam: "Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht"²⁾. Den einzigen Unterschied zwischen beiden Staatsformen sah man weitläufig nur darin, daß anstelle des Monarchen der Reichspräsident und die Regierung getreten waren.³⁾ Der Weimarer Verfassungsgesetzgeber sah in dem verfassungsrechtlich verankerten Mißtrauensvotum eine ausreichende Kontrolle, so daß auf eine weitere Bindung der Verwaltungstätigkeit verzichtet wurde.

Demgegenüber bringt die geltende Verfassung eine grundsätzlich andere Ordnung mit sich, die auch das "bG" umfassen muß. Eine Kompetenzpräsumtion zugunsten der Exekutive ist ihr fremd.⁴⁾ Entsprechend der in Art. 20 Abs. 2 GG niedergelegten Volkssouveränität erhält das Parlament gegenüber

1) vgl. oben S. 43 ff..

2) so Mayer VerwR (3) I S. 69.

3) Vgl. auch Rupp NJW 1970, 413, der ausführt, daß die Exekutive der Weimarer Verfassung dieses Erbe um so unbefangener antrat, als der Bruch mit der vorausgegangenen Verfassungsordnung kaum bemerkt, sondern im allgemeinen Bewußtsein nur als Auswechslung der monarchischen durch eine republikanische Spitzenorganisation empfunden wurde.

4) siehe auch oben S. 62 und S. 66.

Vgl. auch Rupp NJW 1970, 413: "Die Verfassung ist keine bloße Beschränkung staatlicher Herrschaft, sondern Quelle und Legitimation des pouvoir constitué". Rupp aaO bezeichnet es als "Staatsmetaphysik", wenn man eine "originäre" Rechtsetzungsgewalt annehme ohne Nachweis in der Verfassung. Ebenso HessStGH DÖV 1971, 202 ff. (203) unter Hinweis auf Schmidt, Gesetzesvollziehung S. 32.

der Exekutive die Stellung des Gesetzgebungsorgans schlechthin. Es wird zum höchsten Staatsorgan mit souveräner Rechtsetzungsgewalt. Alle Herrschaftsgewalt und jede staatliche Funktion soll dadurch auf das Volk zurückgehen, von ihm eingesetzt und kontrolliert werden. Dieser grundlegenden Idee und dem daraus folgenden Bruch mit "dem alten Trott" der Weimarer Zeit vermag aber nur ein möglichst weitreichender Bereich des Prinzips des Vorbehalts des Gesetzes gerecht zu werden, als verstärkte Legitimitätsgrundlage, die zu der unmittelbaren parlamentarischen Verantwortlichkeit der Regierung als Verwaltungsspitze hinzutritt und dafür zugleich den Kontrollmaßstab liefert.

d) Sinn und Zweck des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes: Neben Wortlaut, Entstehung und geschichtlicher Hintergrund, die kein eindeutiges Ergebnis erbringen, ist vor allem auf den Sinn und Zweck des Prinzips des Vorbehalts des Gesetzes abzustellen.¹⁾ Einer der ihm zugrunde liegenden Gedanken ist das Demokratiegebot. Jede Äußerung staatlicher Herrschaftsmacht muß danach auf den Willen des Volkes zurückführbar sein. Neben den Gesetzen besitzt aber auch die Verfassung selbst demokratische Legitimation. Als staatliche Grundordnung hat in ihr der Wille des Volkes gewöhnlich seinen unmittelbarsten und verbindlichsten Ausdruck gefunden.²⁾ Da jedoch im Grundgesetz eine ausdrückliche Ermächtigung der Exekutive zu originärer Rechtsetzung fehlt,³⁾ kann für sie nur mehr das Gesetz, erlassen vom Parlament als Repräsentant des Volkes, die notwendige Form demokratischer Legitimation bilden. Mit einem solchen strengen Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes negiert die Verfassung nicht jede demokratische Legitimation der Exekutive, sondern sie verlangt nur für Eingriffe in Freiheit und Eigentum eine verstärkte Parlamentsabhängigkeit der Exekutive und damit eine intensivere

1) Sog. teleologische Interpretation, die letztlich der grammatikalischen und historischen Auslegung vorgeht.

2) Für das Grundgesetz trifft diese Aussage insoweit nicht ganz zu, als es nicht vom deutschen Volk durch Volksentscheid, sondern nur von den Volksvertretungen der einzelnen Länder angenommen wurde. Vgl. Art. 144, 145, 146 GG.

3) siehe oben S. 73 ff..

demokratische Legitimationsgrundlage des exekutiven Handelns.¹⁾ Nur die Volksvertretung selbst soll Voraussetzungen, Inhalt und Umfang der Eingriffsakte bestimmen können. Die unmittelbare demokratische Legitimation dieser Akte soll deren freiheitsverkürzende Wirkung ausgleichen. Dieses Ergebnis steht in Einklang mit dem Grundgedanken des Art. 20 Abs. 2 GG, der dem Parlament die Leitungs- und Lenkungsbefugnis des Staates einräumt. Danach bedarf jede Regelung, auch die im "bG", die dem Bürger Gebote und Verbote auferlegt und ihn auf diese Weise in seiner individuellen Freiheitsausübung beschränkt, der Legitimation durch den Gesetzgeber. Allein diesem ist es vorbehalten, so grundlegende Fragen wie die Bestimmung des Freiheitsbereiches des einzelnen zu regeln.²⁾ Gerade die "bGe" mit ihrer starken Eingriffsintensität und ihrer großen sozialen Breitenwirkung können davon nicht ausgenommen werden.³⁾ Unrichtig ist die Auffassung, die Weisungen und Richtlinien im "bG" berührten die Sphäre des Staatsbürgers überhaupt nicht und unterlägen folglich nicht der Bindung des Art. 20 Abs. 2 GG. Auch Beamte, Schüler, Soldaten, Strafgefangene sind Staatsbürger. An sie sind die Vorschriften adressiert. Sie haben sie zu beachten und sind daran gebunden.⁴⁾

1) vgl. Starck AöR 92, 456.

Zu Unrecht daher Schmitt, Hüter S. 128 ff., der den Gesetzesvorbehalt nur in der Konstitutionellen Monarchie als berechtigt ansah, als Abwehrmittel des Parlaments gegenüber einer nicht demokratisch legitimierten Exekutive. Entscheidend ist vielmehr, welche Form und welche Intensität der demokratischen Legitimation die Verfassung genügen läßt. Jedenfalls für Eingriffe in Freiheit und Eigentum genügt die Legitimation der Exekutive nicht. Für die Leistungsverwaltung kann etwas anderes gelten.

2) vgl. Fuß DÖV 1972: "Ob und Wie einer Grundrechtseinschränkung ist in der freiheitlichen Demokratie grundgesetzlicher Prägung eine elementare Lebensfrage, die zu entscheiden dem Parlament als dem einzigen direkt durch Volkswahl legitimierten Organ vorbehalten werden muß."

3) Evers, Gewaltverh. S. 9 ordnet z.B. die Schule als politisch-relevante Angelegenheit dem Führungsanspruch des Parlaments zu. Vgl. auch VVDStRL 23, 159. Mallmann VVDStRL 19, 192 begründet es aus dem "Widerstreit vielfältiger Einzel- und Gruppeninteressen", die eine gesetzliche Regelung als erforderlich erscheinen ließen.

4) Notfalls können die Vorschriften zwangsweise durchgesetzt werden, so z.B. durch Arrest, Verweis, Disziplinarstrafe.

Der Verweis auf die Regelungsbeschränkung der Exekutive durch den Zweck des "bGes", den abgegrenzten Personenkreis und das legislatorische Zugriffsrecht¹⁾ entbindet nicht von der Notwendigkeit demokratischer Legitimation durch den Gesetzgeber. Auch wenn die Ziele der "bGe" gesetzlich fixiert sind, so doch nur meist in unbestimmten Rechtsbegriffen und Leerformeln mit weitem Spielraum, die eine vielfältige Auslegung zulassen.²⁾ Die konkreten, maßgeblichen Entscheidungen würden durch die Exekutive, durch nichtgesetzliche Normen, gefällt.³⁾ Auch die Absicht des Gesetzgebers, mehr von seinem Zugriffsrecht Gebrauch zu machen, bannt, bedingt durch die Schwerfälligkeit des gesetzgeberischen Apparates, nicht die Gefahr, daß die Verwaltung versuchen könnte, durch Schaffung möglichst vieler "bGe" sich der parlamentarischen Kontrolle zu entziehen und ein ungesetzliches Eigenleben zu führen.⁴⁾ Verlangt man nicht einmal für die Errichtung eines "bGes" eine gesetzliche Norm, so bräuchte die Verwaltung einen vom Gesetzgeber noch nicht erfaßten Bereich lediglich zum "bG" erklären, um dort ungehindert Regelungen kraft eigener Zuständigkeit erlassen zu können. Fordert man für ein "bG" zumindest einen gesetzlichen Rahmen, so könnte die Exekutive immer noch unter dem Deckmantel des "bGes" den Gesetzesrahmen durch eigenständige Rechtsetzung ausfüllen. Die Gefahr wäre überall dort gegeben, wo vom Gesetzgeber nur Rahmenregelungen erlassen wurden. Eine solche unzulässige Verlagerung gesetzgebender Gewalt auf die Verwaltung hindert nur die strikte Durchführung des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes, auch im Bereich der "bGe".

Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes beinhaltet ein wei-

1) siehe oben S. 72/73.

2) zur Zweckbestimmung der einzelnen "bGe" vgl. S. 29 ff..

3) so gegenwärtig vor allem die geltenden Schulordnungen und die DVollzO.

4) Vgl. Krüger VVDStRL 15, 118 ff.; NJW 1953, 1373, der eine "Hypertrophie" befürchtet. Köttgen DVBl 1953, 488 spricht von der "Omnipotenz der Verwaltung". Thoma, Vorbehalt S. 178 führt dazu aus, daß es dann eine Frage konstruktiven Beliebens sei, wo das "aG" aufhöre und das "bG" beginne.

teres Element, das der Rechtsstaatlichkeit. Es erfordert, daß Eingriffe in Freiheit und Eigentum durch Gesetz ausreichend legitimiert sind. Insoweit ist der Rechtsstaat auch Gesetzesstaat als zumindest der rechtliche Status des Bürgers, dessen Lebensverhältnis, durch Gesetz gestaltet wird.¹⁾ Nach überkommener Rechtsstaatsidee bildet so das Gesetz den notwendigen Mittler zwischen vollziehender Gewalt und Verfassung. Dies drückt sich vor allem auch im Gewaltenteilungsprinzip aus, das in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG seinen positiv-rechtlichen Niederschlag gefunden hat. Es beinhaltet eine funktionelle Gliederung der Staatsgewalt. Sie wird durch die besonderen Organe der Legislative, Exekutive und Judikative, jeweils organisatorisch selbständig, ausgeübt. Gewaltenteilung ist also die Verteilung materieller Staatstätigkeit auf verschiedene, von einander unabhängige Staatsorgane.²⁾ Sie dient dem Schutz des einzelnen vor staatlicher Willkürherrschaft. Der Legislative obliegt danach die Aufgabe, die für das Gemeinwesen und den einzelnen Bürger rechtspolitisch bedeutsamen Bereiche zu regeln.³⁾ Originäre Rechtsetzungsgewalt der Exekutive ist insoweit ausgeschlossen. Zutreffend ist immer noch die Vorstellung Montesquieu's von der Gewährleistung der politischen Freiheit des Bürgertums, die strikte Abhängigkeit der vollziehenden von der gesetzgebenden Gewalt im dem Bereich fordert, wo der Staat in individuelle Rechte eingreift.⁴⁾ Da der Bürger aber im "bG" den meisten und intensivsten Eingriffen des Staates ausgesetzt ist, gilt diese Forderung darin erst recht. An diesem überkommenen Inhalt

-
- 1) Vgl. Hesse, Grundzüge S. 28; BVerfGE 7, 282 ff. (302), wonach das aufgrund eingehender Beratung in einem förmlichen Verfahren erlassene Gesetz einen höheren Rechtswert verkörpere als die Verordnungen der Exekutive.
 - 2) so das klassische Dreiteilungsschema; vgl. Peters, Gewaltenteilung S. 6, der dieses Schema als ausschließlich bezeichnet, eine Sondergewalt danach unzulässig sei.
 - 3) siehe auch S. 77 der Arbeit; ebenso Hesse, Grundzüge S. 202 ff..
 - 4) Montesquieu S. 213 spricht hier vom Recht, "das tun zu können, was man wollen darf". Er formuliert weiterhin: "Niemand ist gezwungen, Dinge zu tun, zu denen das Gesetz ihn nicht verpflichtet, und Dinge nicht zu tun, die das Gesetz ihm erlaubt."

des Gewaltenteilungsprinzips ändert auch die im Grundgesetz verankerte Sozialstaatlichkeit nichts.¹⁾ Wenn das Gewaltenteilungsprinzip die Freiheit des Individuums, der einzelnen Person vor staatlicher Übermacht schützen möchte, so hat die Sozialstaatlichkeit die Funktion, soziale Gerechtigkeit zu verwirklichen. Im Interesse des Gesamtwohls wird ein Verteilungsprinzip angestrebt, das jeder Schicht oder Gruppe der Bevölkerung die ihr zustehenden Rechte, insb. den ihr zustehenden wirtschaftlichen und kulturellen Standard zuerkennt.²⁾ Im Verhältnis zum vorigen Jahrhundert hat sich der Staat vom bloßen Hüter der staatlichen Rechtsordnung auch zum Leistungsträger gewandelt.³⁾ Im Bereich der menschlichen Daseinsvorsorge und Daseinsgestaltung erbringt der Staat lebenswichtige und vordringliche wirtschafts-, sozial- und kulturpolitische Leistungen, die erst individuelle Freiheit in der Daseinsführung ermöglichen, also nicht bloße polizeiliche Gefahrenabwehr, kein Zurückdrängen des Staates.⁴⁾ Freiheit bedeutet heute vor allem auch Teilhabe an den staatlichen Leistungen, nicht in erster Linie Abwehr staatlicher Eingriffe. An die Stelle der Freiheit vom Staat ist vorwiegend die Freiheit durch den Staat getreten. In diesem Sinne widersprechen sich aber die beiden Prinzipien der Gewaltenteilung und der Sozialstaatlichkeit nicht, sondern ergänzen sich vielmehr.⁵⁾ Gerade die vielfältigen sozialen Aufgaben des Staates erfordern ein funktionelles Zusammenwirken von Legislative und Exekutive i.S. der Gewaltenteilungslehre, um so zur "Mäßigung der Staatsgewalt und zum Schutz individueller Freiheit"⁶⁾ beizutragen. Vor allem die Exekutive mit der

1) Zum Inhalt des Sozialstaatsprinzips siehe oben S. 64 f..

2) Leitsatz: "sum cuique".

3) siehe oben S. 65.

4) vgl. Klein ZStW 106, 405.

5) So aber Forsthoff, Verfassungsprobleme S. 3, der verfassungsrechtlich Rechtsstaat und Sozialstaat für unvereinbar hält. Bedenken auch bei Huber, Sozialstaat S. 7, der konstatiert, daß rechtsstaatliche Einzelfreiheit und sozialstaatliches Gesamtwohl in Idee und Wirklichkeit in vielfältigem Widerstreit stehen.

6) so Sinn, Diss. S. 55.

Fülle der auf sie zugekommenen Entscheidungen soll nicht zum Mißbrauch der Staatsgewalt verleitet werden. Auf diese Weise soll der Rechtsstaat einer potentiellen Gefahr "mangelhafter Ausbalancierung sozialstaatlichen Übermaßes"¹⁾ vorbeugen und den Bürger auch als "soziales" Wesen vor unerträglicher Abhängigkeit schützen.²⁾ Das Gewaltenteilungsprinzip darf allerdings nicht dazu führen, daß im Bereich der "bGe" eine sachgemäße Wahrnehmung der jeweiligen Staatsaufgaben dadurch verhindert ist, weil der Gesetzgeber in Detailfragen erstickt und nicht einmal die grundlegenden Fragen entscheidet.³⁾

Nicht zuletzt muß die Frage der originären Rechtsetzungsbezugnis der Exekutive im "bG" auch im Zusammenhang mit der Grundrechtsgeltung gesehen werden. Bejaht man diese,⁴⁾ so findet sich in den Grundrechten insoweit eine Bestätigung der strikten Anwendungspflicht des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes, als durch die Regelungen die Grundrechte tangiert werden. Die eigenständige Rechtsetzung der Verwaltung im "bG" genügt nicht den grundrechtlichen Anforderungen. Die Gesetzesvorbehalte in den einzelnen Grundrechten sind nur an den Gesetzgeber adressiert. Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG normiert ausdrücklich, daß Grundrechtseinschränkungen allein "durch Gesetz" oder "auf Grund eines Gesetzes" gestattet sind.⁵⁾ Art. 17a GG bestätigt es für das "bG" des Wehrdienstverhältnisses, indem er für die aufgeführten Grundrechtseinschränkungen ein Gesetz verlangt. Demnach ist die Exekutive aufgrund eigener Zuständigkeit nicht zu Grundrechtseingriffen befugt, d.h. sie bedarf vorher der Legitimation durch ein förmliches Gesetz. Fehlt gar ein Gesetzesvorbehalt bei einem Grundrecht, vermag nicht einmal der Gesetzgeber in die-

1) so Weber, Der Staat Bd. 4, S. 432, 437.

2) vgl. v. Unruh DÖV 1974, 513.

3) siehe hierzu S. 119 ff. der Arbeit.

4) Ausführliche Behandlung der Grundrechtsgeltung im 3. Kap..

5) Zutreffend daher Schick DVBl 1962, 774: "Überall dort, wo ein Grundrechtseingriff erfolgt, muß er entweder durch formelles Gesetz oder auf Grund eines formellen Gesetzes vorgenommen werden. Das ist der eindeutige Wille des Art. 19 Abs. 1 GG ..." Vgl. auch Köttgen DVBl 1955, 448.

sen Bereich eingreifen. Diese in den Grundrechten festgelegte Einschränkungssystematik wäre über Bord geworfen, wenn man im "bG" ein originäres Eingriffsrecht in die Grundrechte in Form von Rechtsetzung anerkennen würde. Widerlegt wird damit auch die Meinung, die den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes im "bG" insoweit beschränken will, als die Grundrechte unbeschränkbar gewährleistet seien.¹⁾ Wenn diese Ansicht z.B. für die nicht schrankenlos gewährte persönliche Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG den Vorbehalt nicht für erforderlich hält, so verkennt sie den Inhalt der "verfassungsmäßigen Ordnung" als Schranke des Art. 2 Abs. 1 GG. Verfassungsgemäß ist eine Beschränkung der Handlungsfreiheit nur, wenn sie mit den verfassungsrechtlichen Prinzipien, dem Rechtsstaatsprinzip, dem Demokratiegebot, der Sozialstaatlichkeit und der Grundrechtsschutzsystematik in Einklang steht. Wie oben dargelegt,²⁾ fordern diese Grundsätze jedoch eine uneingeschränkte Anwendung des Vorbehalts des Gesetzes, ungeachtet der Einschränkung oder Uneinschränkbarkeit der Grundrechte. Zum Inhalt der verfassungsmäßigen Ordnung gehört demnach nicht ein originäres Rechtsetzungsrecht der Exekutive.³⁾

Dieses Ergebnis ändert sich nicht, auch wenn man in den Grundrechten nicht nur Abwehrrechte gegen den Staat erblickt, sondern in erster Linie einen Auftrag des Staates zur Verwirklichung dieser Freiheitsrechte.⁴⁾ Primär bleibt der Gesetzgeber Adressat. Die Verwaltung kann den Auftrag nur befolgen, wenn er durch das Parlament entsprechend den verfassungsrechtlichen Vorschriften an sie weitergereicht wird.

Unlösbar verknüpft mit der Frage der originären Rechtsetzungsgewalt der Exekutive im "bG" ist auch das Rechtsschutzgebot des Art. 19 Abs. 4 GG. Beschränkt man Art. 19 Abs. 4 GG nicht nur auf das "aG",⁵⁾ folgt daraus zwangsläufig eine Ausdehnung

1) vgl. Leisner DVBl 1960, 623 f..

2) siehe S. 76 ff..

3) so auch schon OVG Berlin JZ 1955, 272 ff. (279).

4) Schaumann JZ 1970, 48 spricht von der Wandlung des Gesetzes von einer bloßen freiheitsbeschränkenden zu einer freiheitsfördernden Rolle.

5) Ausführlich hierzu erst im 4. Kap..

des Vorbehaltsprinzips auf das "bG". Die im "bG" in die Rechtssphäre des Bürgers eingreifenden Regelungen der Exekutive können nur dann ordnungsgemäß vom Gericht überprüft werden, wenn es einen hinreichend bestimmten verbindlichen Maßstab zur Verfügung hat. Ungeeignete Maßstabsnormen bilden jedoch die Verwaltungsverordnungen, als Rechtsnormen, die von der Exekutive in originärer Zuständigkeit erlassen werden. Weder die Verwaltung noch die Gerichte sind unmittelbar an sie gebunden,¹⁾ d.h. ein Abweichen von diesen Vorschriften führt nicht zur Rechtswidrigkeit der Entscheidungen, ausgenommen, es ist damit gleichzeitig ein Verstoß gegen andere Normen, wie z.B. gegen Art. 3 GG, verbunden. Wenn der Gerichtsschutz bisher dennoch funktionierte, so nur deswegen, weil die Gerichte die in den Verwaltungsvorschriften zum Ausdruck gebrachte "quasilegislatorische Weisheit"²⁾ respektierten. Bleibt als Rechtmäßigkeitsmaßstab noch die Verfassung. Sie genügt aber nicht, weil sie als staatliche Grundordnung nur die Essentialia der Rechtsordnung festlegt und auf diese Weise der Exekutive einen zu weiten Handlungsspielraum überläßt. Das Ermessen der Verwaltung fände seine Grenzen erst in den Verfassungsbestimmungen, ein Zustand, der dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes zuwiderliefe. Zieht man selbst als Maßstab noch die geltenden Gesetze und Rechtsverordnungen heran, genügt es nicht dem Rechtsschutzauftrag des Art. 19 Abs. 4 GG. Der unkontrollierbare Ermessensspielraum der Exekutive wäre immer noch zu weit, da sie unschwer Regelungen erlassen könnte, die nicht gegen dieses Recht verstießen.³⁾ Die verfassungsgemäße Lösung findet sich daher auch

1) vgl. BVerfGE 12, 180 ff. (199); BVerwGE 21, 289 ff. (300); siehe auch oben S. 46 Fußn. 8.

2) so Starck ZRP 1969, 149 hinsichtlich § 23 EGGVG. Er bezeichnet den Strafvollzug mit seinen Verwaltungsvorschriften als "riesigen Ermessensbereich". Vgl. auch Schüler-Springorum S. 74 f..

3) vgl. BVerwGE 21, 289 ff. (300), wonach das Gebot des umfassenden Rechtsschutzes nicht erfordere, daß rechtlich bedeutsame allgemeine Regelungen durch Gesetz oder Rechtsverordnungen im Rahmen der geltenden Rechtsnormen hielten und eine Bindung des Gerichts fehle.
Das Gericht verkennt, daß die geltenden Gesetze und Rechts-

in einer uneingeschränkten Anwendung des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes. Auf diese Weise vermag der Gesetzgeber als eigenständiger Funktionsträger den Gerichten den notwendigen Maßstab für die Kontrolle der Exekutivgewalt liefern.

Aus diesen Ausführungen folgt das Ergebnis, daß die geltende Verfassungsstruktur der Exekutive im "bG" kein originäres Rechtsetzungsrecht einräumt. Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes gilt uneingeschränkt auch im "bG". Er fordert für die Eingriffsverwaltung eine gesetzliche Grundlage.

4. Notwendigkeit einer Ermächtigungsgrundlage

Zeigt der vorhergehende Abschnitt, daß der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes generell auch im "bG" gilt und insoweit einer originären Rechtsetzungsbefugnis der Exekutive entgegensteht, so ist Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung die innere Ausgestaltung des Vorbehaltsprinzips. Welchen Anforderungen unterliegt eine Ermächtigungsgrundlage? Genügt Gewohnheitsrecht? Bilden Rechtsinstitute wie Hausrecht, Anstaltspolizei etc. eine ausreichende Grundlage? Oder ist in jedem Falle ein Gesetz entsprechend den Erfordernissen des Art. 80 GG erforderlich?

a) Hausgut der Verwaltung:

Die überkommene Lehre¹⁾, die das "bG" als einen rechtsfreien Raum ansah, folgerte hieraus, daß in diesem Bereich auch der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes nicht gelte. Die Verwaltung konnte dort schalten und walten, wie sie wollte. Sie benötigte kein förmliches Gesetz als Ermächtigung. Die "nicht-

verordnungen einen zu lückenhaften Rechtsmaßstab für die Verwaltung bilden. Maßstab für die Gerichte wäre lediglich das Prinzip des Vorrangs des Gesetzes. Überall dort, wo dieser Grundsatz nicht zum Tragen kommt, weil gesetzliche Regelungen fehlen, könnte die Verwaltung, die nur mehr der Bindung an die Verfassung unterläge, nahezu unkontrollierbar nach Belieben schalten und walten - ein Ergebnis, daß den umfassenden Rechtsschutz entsprechend dem Grundgesetz gerade in sein Gegenteil verkehren würde.

1) siehe oben S. 43 ff..

rechtliche" Regelungsbefugnis auf diesem Gebiet gehörte zum "Hausgut" der Exekutive.¹⁾ Dies war eine ausreichende Legitimation. Mit Recht wandte sich die überwiegende Literatur dagegen.²⁾ Nachdem das "bG" als Rechtsverhältnis eingestuft werden muß und die darin erlassenen Akte nur als Rechtsakte ergehen dürfen,³⁾ hat das "Hausgut" als Ermächtigungsgrundlage für "Nicht-Recht" ausgedient.

b) Hausrecht:

Einige Autoren ziehen als rechtliche Grundlage eine Art privaten Hausrechts heran.⁴⁾ So schreibt Peters⁵⁾: "Die Anstaltsgewalt dient der Aufrechterhaltung der Ordnung innerhalb der Anstalt Sie stellt sich als eine durch den öffentlichen Zweck der Anstalt erweiterte Hausgewalt dar und umfaßt für die den Anstaltsträger repräsentierenden Organe zunächst die gesamten Rechte, die ein privater Hausherr auf seinem Eigentum und in seinem sonstigen Rechtskreis besitzt. Darüber hinaus aber enthält die Anstaltsgewalt, die mit der Begründung der Anstalt implicite erteilte Befugnis, gegenüber den Anstaltsbenutzern alle Maßnahmen zu ergreifen, die zur Durchführung des Anstaltszweckes nach vernünftigem Ermessen zweckentsprechend, geeignet und notwendig sind."

Diese Ansicht geht auf die zivilistische Betrachtungsweise der Beziehungen Staat-Bürger zurück. Zwischen privatem und öffentlichem Recht wurde noch nicht unterschieden. Die Ho-

1) Der Ausdruck "Hausgut der Verwaltung" stammt von Thoma HbdtStR II S. 223.

2) so Freudenberger, Beiträge S. 167 ff.; Köhl, Diss. S. 79; Ule VVDStRL 15, 144; Giacometti S. 270; Leisner DVBl 1960, 617; Kunze, Diss. S. 39; Rupp, Grundfragen S. 41 ff.; Thieme DÖV 1956, 528; Obermayer VA S. 109; Krüger ZBR 1956, 310; Depenbrock, Diss. S. 5; Münch, Diss. S. 74; Selmer DÖV 1968, 342; Krüger VVDStRL 15, 109 ff.; Grünhut S. 18; Röhl NJW 1960, 413.

3) siehe oben S. 60 ff..

4) so Peters Lb S. 114; Nebinger VerwR S. 145; Mayer VerwR (3) II S. 285 f.; Jellinek VerwR S. 514; Jellinek VVDStRL 6, 149; Köhler S. 320.

5) aaO S. 114.

heitsgewalt gründete ausschließlich auf privatrechtlichen Besitzverhältnissen.¹⁾ Demgemäß normierte die Anstaltsordnung in erster Linie nicht eine staatliche Tätigkeit, sondern private Handlungen. Die Parallele zum Hausrecht der Privatperson drängte sich folglich auf.

Heute dagegen hat sich das öffentliche Recht als eigenständiger, vom privatem Recht abzuhebender Bereich herausgebildet. Privatrecht dient dem Ausgleich von Individualinteressen, wogegen öffentliches Recht einen Ausgleich zwischen Individualinteressen und Interessen der Öffentlichkeit anstrebt. Der Staat vermag nun einerseits als Träger hoheitlicher Gewalt öffentlich-rechtlich, andererseits als ein am allgemeinen Rechtsverkehr teilnehmendes Rechtssubjekt²⁾ privatrechtlich gegenüber dem Bürger tätig zu werden. Die Unterscheidung dieser beiden Handlungsformen des Staates wird anhand verschiedener Theorien getroffen. Nach der weit verbreiteten Subjektionstheorie bestimmt sich öffentliches Recht danach, ob der Staat befugt ist, gegenüber dem Bürger einseitig verbindliche Regelungen zu treffen.³⁾ Die Zuordnungstheorie von Wolff zieht als Kriterium die vorhandenen gesetzlichen Normen des betreffenden Bereichs heran. Rechtsätze des öffentlichen Rechts berechtigen und verpflichten nicht jedermann, sondern nur den Staat oder sonstige Träger öffentlicher Gewalt.⁴⁾ Die Interessentheorie stellt darauf ab, ob der Hoheitsträger jeweils unmittelbar die Interessen der Öffentlichkeit verwirklicht oder nur mittelbar, da letztlich jede staatliche Tätigkeit der Öffentlichkeit zugute kommt. Dient somit der verfolgte Zweck unmittelbar öffent-

1) Vgl. Schröder I b S. 642: "Das Fürstentum verwuchs so sehr mit dem Besitz des Landes, daß es als dessen Zubehör, als eine dem dominus terrae von Rechts wegen zukommende Immobiliargerechtigkeit erschien. Das Fürstentum verschmolz mit dem Familienvermögen des fürstlichen Hauses und wurde demselben Erbrecht wie dieses unterworfen." Vgl. auch Mayer VerwR (3) II S. 285 f..

2) Der Staat stellt eine juristische Person dar (Fiskus).

3) vgl. RGZE 153, 1 ff. (4); 167, 281 ff. (284); BGHZ 14, 222 ff. (227); DÖV 1958, 861 ff.; Forsthoff, Lehrb. S. 113 f. statt vieler.

4) VerwR I § 22 II c.

lichen Interessen, dann ist das Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlich gestaltet, wenn nicht, dann privatrechtlich.¹⁾

Eine Ausnahme kann insoweit bei staatlichen Versorgungsbetrieben bestehen, als sich die Zulassung nach öffentlichem Recht bestimmt, das Benutzungsverhältnis selbst aber dem Privatrecht angehört, also privatrechtlich "organisiert" ist. Kennzeichnend sind die allgemeinen Geschäftsbedingungen anstelle einer Satzung.²⁾

Da Schüler, Beamte, Soldaten und Strafgefangene in einem Subordinationsverhältnis zum Staat stehen,³⁾ Schulgesetze primär,⁴⁾ Beamten- und Wehrgesetze ausschließlich nur Normen des öffentlichen Rechts sein können⁵⁾ und hier Aufgaben in unmittelbarem Allgemeininteresse erfüllt werden,⁶⁾ sind die Beziehungen zwischen Staat und Bürger in diesen Rechtsverhältnissen öffentlich-rechtlicher Natur, ohne jeglichen privatrechtlichen Bezug. Zu hoheitlicher Gewaltausübung vermögen aber privatrechtliche Institute, wie das aus Eigentum und Besitz erwachsene "Hausrecht" nicht zu ermächtigen.⁷⁾ Zudem wäre das bürgerlich-rechtliche Hausrecht eine völlig ungenügende rechtliche Grundlage für das "bG". Als Ausfluß des Eigentums und Besitzes ist es "stets auf sein dingliches Substrat beschränkt"⁸⁾, wogegen im "bG" der Bürger auch außerhalb des Bereichs der örtlichen Baulichkeit in gewissem Um-

1) Angaben hierzu bei Forsthoff, Lehrb. S. 113 Fußn. 2.

2) "Zweistufentheorie" von Ipsen; vgl. DVBl 1956, 461 ff.; vgl. hierzu auch Bayer. Kompetenzkonfliktsgerichtshof BayVBl 1968, 442 ff.; Fundstelle 1970, 651 ff..

3) Bei Durchführung der Aufgaben Anwendung von Befehl und Zwang, so Disziplinarstrafe, Schularrest, Verweis etc..

4) Zulässigkeit von Privatschulen.

5) Im Strafvollzug fehlen solche Rahmengesetze, ausgenommen, die wenigen Vorschriften der StPO (§§ 449 ff.).

6) siehe hierzu oben S. 29 ff..

7) Vgl. Thieme DÖV 1956, 525: Die Öffentlichkeit einer Sache verdränge gänzlich die aus dem Privateigentum fließenden umfassenden Verfügungsrechte gemäß § 903 BGB. Der zivilrechtliche Hausrechtsbegriff werde durch die "Zweck-Lex" des "bGes" vom öffentlichen Recht her relativiert. Zust. Leisner DVBl 1960, 620; vgl. auch Bachof, VA S. 302.

8) so Freudenberger, Beiträge S. 182.

fang erfaßt wird.¹⁾

Heranziehen könnte man allerdings das fast einhellig anerkannte Institut des "öffentlich-rechtlichen Hausrechts", das dem staatlichen Hoheitsträger die Befugnis einräumt, nicht nur über den Zutritt in den geschützten Bereich zu entscheiden, sondern auch Maßnahmen innerhalb dieses Bereichs zur Vorbeuge oder Abwehr von Störungen zu erlassen.²⁾ Dieses Recht erstreckt sich auf die Räumlichkeiten aller öffentlich-rechtlichen Einrichtungen, einschließlich der der "bGe".³⁾ Unterschiedlich sind die Begründungen hierfür. Der eine Teil der Literatur verweist auf eine Analogie der Besitzschutzvorschriften der §§ 859 ff. BGB. Eine unmittelbare Anwendung verbiete sich, da bei dem Verwaltungsvermögen keine zivilrechtlich unmittelbare Besitzstellung vorliege, jedoch sei ein ähnlicher Zustand des Staates zum Verwaltungsvermögen gegeben, den man als "öffentlich-rechtlichen unmittelbaren Besitz" bezeichnen könne.⁴⁾ Ein anderer Teil verweist auf einen allgemeinen Rechtsgedanken, der vor allem in Art. 40 GG, Art. 13 GG und § 123 StGB zum Ausdruck komme.⁵⁾ Eine dritte Meinung sieht in diesem Recht ein notwendiges Annex zur Sachkompetenz. Derjenige, der eine Sachaufgabe zu erfüllen habe, müsse darüber entscheiden können, wer in Rahmen ordnungsgemäßer Aufgabenerfüllung Zutritt zum räumlichen Bereich haben solle und wem der Zutritt zu versagen sei, weil dadurch eine ordnungsgemäße Tätigkeit gefährdet oder gestört werde.⁶⁾

Unhaltbar ist die Bezugnahme auf Art. 40 und 13 GG. Die eine Vorschrift regelt nur einen Sonderfall, der nicht auf das

-
- 1) vgl. Verhaltenspflichten der Beamten und Soldaten außerhalb des Dienstes, so z.B. Hausaufgabenpflicht des Schülers etc.; siehe oben S. 34 ff..
 - 2) vgl. Frühling, Diss. S. 112 ff.; Schmitt, Diss. S. 1 ff.; Scholz, Diss. S. 13 jeweils m.w.N..
 - 3) vgl. die Angaben in Fußn. 2.
 - 4) vgl. Frühling, Diss. S. 119 ff. m.w.N..
 - 5) vgl. Schack S. 276.
 - 6) vgl. Knemeyer DÖV 1970, 596 ff.; Wolff II S. 335; Merk VerwR S. 1372; Schmitt, Diss. S. 118 f., der darauf verweist, daß das ö.-r. Hausrecht immer schon bestehe und nur "wiederentdeckt" werden müsse.

gesamte Verwaltungsvermögen des Staates ausgedehnt werden kann; die andere regelt eine Abwehrbefugnis des Bürgers gegenüber dem Staat und nicht umgekehrt, wie es beim öffentlich-rechtlichen Hausrecht der Fall ist. Abzulehnen ist auch der Verweis auf § 123 StGB, da diese Regelung die Befugnisse des Berechtigten schon voraussetzt und nicht erst die Rechtsgrundlage dafür schafft.¹⁾ Ein allgemeiner Rechtsgedanke läßt sich folglich aus diesen Vorschriften nicht ableiten. Verfassungsrechtliche Bedenken erwecken Annexkompetenz und Analogie der §§ 859 ff. BGB. Privatrechtliche Vorschriften können durchaus im öffentlichen Recht angewandt werden, doch Voraussetzung ist stets eine ausfüllungsbedürftige Lücke, die nach Treu und Glauben und Gerechtigkeitsempfinden eine entsprechende Anwendung als geboten erscheinen läßt. Als Maßstab dient das öffentliche Recht, damit auch die Verfassung. Diese fordert aber die grundsätzlich uneingeschränkte Geltung des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes.²⁾ Eine Regelungslücke in Form eines Ausnahmetatbestandes besteht nicht, so daß weder Analogie noch Annexkompetenz Platz greift. Selbst wenn man das sog. "öffentlich-rechtliche Hausrecht" als legitim betrachtet, würde es einer Lösung der speziellen Problematik im "bG" keinen Schritt näher führen. Dieses Abwehrrecht richtet sich gegen alle Personen, die den "Besitz" beeinträchtigen.³⁾ Eine unterschiedliche Regelung zwischen Personen, die im "bG" stehen und anderen Staatsbürgern wird nicht getroffen. Gegen beide Personengruppen stehen die gleichen Abwehrbefugnisse dem Hoheitsträger zu.⁴⁾ Außerdem besteht die wesentliche Bedeutung von Dienst- und

1) vgl. hierzu Schmitt, Diss. S. 21 ff.; vgl. auch Frühling, Diss. S. 115 ff., der ausführlich § 123 StGB aus rechtlichen und praktischen Gründen als gesetzliche Grundlage für das ö.-r. Hausrecht ablehnt.

2) siehe oben S. 73 ff..

3) vgl. Frühling, Diss. S. 127 ff..

4) Die Abwehrmaßnahmen gehen aber insoweit weiter, als der Benutzer mit dem Funktionieren der Anstalt dauern konfrontiert wird und daher anders behandelt werden kann. Man denke z.B. an Verweis, Strafarbeit in der Schule, an Arrest im Wehrverhältnis, die den Bürgern im "aG" nicht auferlegt werden können.

Anstaltsgewalt im "bG" darin, daß sie weitreichende Regelungsmöglichkeiten besitzen. Dienst- und Anstaltsordnung treffen alle diejenigen Regelungen, die zur Verwirklichung des festgesetzten Zweckes des "bGes" notwendig sind. Während dem Hausrecht bloße Abwehrfunktion zukommt, sind Dienst- und Anstaltsgewalt vorwiegend auf positive Gestaltung eines Staat-Bürger-Verhältnisses gerichtet.¹⁾ Die Personen im "bG" werden auch außerhalb der baulichen Einrichtungen von dieser Gewalt noch in beschränktem Maße erfaßt.²⁾ Dieser sachlich weitergehende Regelungsbereich kann nicht auf das "öffentlich-rechtliche Hausrecht" gestützt werden. Damit erweist sich das Hausrecht jedenfalls als unzureichend.

-
- 1) Dieser Unterschied wird auch weitgehend erkannt. Vgl. Jellinek VerwR S. 515, der einräumt, daß die Anstaltsgewalt auch über das Hausrecht hinausgehen könne. Vgl. auch Peters S. 114. Vgl. weiterhin den Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg v. 1931: "Die Anstaltsgewalt erschöpft sich aber nicht lediglich in dem Hausrecht der Anstalt, vermöge dessen die Anstalt Störungen der Ordnung innerhalb der Anstaltsräume durch die Benutzer oder dritte Personen, wie jeder andere, in den Grenzen der allgemeinen Rechtsordnung abwehren oder verhüten kann. Bei den Anstalten ... geht der Umfang der Anstaltsgewalt über die bloße Ausübung des Hausrechtes hinaus und erfaßt die Benutzer auch in der Richtung auf ein positives Handeln oder Leisten." Schmitt, Diss. S. 88 f. spricht vom Hausrecht als "Zweckermöglichungsrecht", von der Anstaltsgewalt als "Zweckverwirklichungsrecht", so z.B. beim Schüler die Anordnung des Aufenthalts auf dem Pausehof im Gegensatz zur Anordnung, einen Aufsatz zu schreiben. Die letztere Maßnahme diene nicht mehr der Sicherung der Ordnung, sondern bereits der Verwirklichung des Anstaltszwecks. Sie könne daher nicht aufgrund des Hausrechtes, sondern nur aufgrund der Anstaltsgewalt ergehen.
- Nafpliotis, Diss. S. 24 gar betrachtet die Hausgewalt innerhalb des Anstaltsbenutzungsverhältnisses als hinfällig, da sich hierauf bereits die Befugnisse der Anstaltsgewalt erstreckten, da diese das gesamte Verhältnis der Anstalt zu den Benutzern umfasse. Die Hausgewalt beginne erst da, wo die Anstaltsgewalt aufhöre. Sie richte sich folglich nur gegen Nicht-Benutzer, die sich im Anstaltsraum aufhielten, z.B. der Landstreicher im Anstaltsgebäude. Vgl. auch Nebinger VerwR S. 145; Knemeyer DÖV 1970, 597.

- 2) siehe oben S. 88 Fußn. 1.

c) Analogie zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen im bürgerlichen Recht:

Thieme¹⁾ befürwortet entsprechend den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) im Zivilrecht im Bereich der "bGe" eine Regelungsbefugnis der Verwaltung. Ebenso wie bei den AGB sei auch in den "bGen" der soziale Kontakt Voraussetzung. Beide Bereiche charakterisierten sich durch Massenvorgänge mit typischem Verlauf. Wer sich in eine solche sozialtypische Einrichtung begeben, müsse damit rechnen, daß hier bestimmte Normen bestünden und daß er sich diesen zu unterwerfen habe. Dies gelte zumindest für die staatlichen Daseinsvorsorgebetriebe,²⁾ die sowohl in Form von AGB als auch in Form von Anstaltsordnungen regelbar seien. Im allgemeinen habe es der Anstaltsherr in der Hand, ob er die Anstalt in den Formen des privaten oder des öffentlichen Rechts betreiben möchte.³⁾ Welche Form er gewählt habe, sei oft sogleich nicht erkennbar. Zuweilen bleibe es auch für den Anstaltsherrn ungeklärt. Wenn aber die Grenzen im Anstaltsbereich zwischen öffentlichem und privatem Recht fließend und Anstaltsordnung und AGB jederzeit auswechselbar seien, erübrige sich eine gesetzliche Grundlage für die Anstaltsordnung, da eine solche auch bei den AGB nicht erforderlich sei. Dieser Vergleich mag zwar für die staatlichen Leistungsbetriebe zutreffend sein, versagt aber für die in Rede stehenden vier "bGe". Militär- und Strafvollzugswesen sind genuin hoheitliche Aufgaben, die nur von einem Träger hoheitlicher Gewalt öffentlich-rechtlich geregelt werden können. Das Beamtenverhältnis ist in Art. 33 Abs. 4 GG als "öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis" verankert. Wenn auch im Schulbereich die Errichtung von Privatschulen gestattet ist,⁴⁾ so darf diese Privatschulfreiheit doch nicht juristischen Personen des öffentlichen Rechts zuste-

1) DÖV 1956, 523, auch in JZ 1964, 85.

2) so Bibliothek, Stadtbad, Krankenhaus etc..

3) vgl. auch Forsthoff, Lehrb. S. 410; BayVGH BayVB1 1968, 310 f..

4) vgl. Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG.

hen.¹⁾ Zwar kann der Staat durchaus in privatwirtschaftlichen Formen tätig werden; er darf aber dann nicht Hoheitsgewalt ausüben. Dies tut er jedoch, wenn er die Prüfungsordnung festlegt, die die Voraussetzungen der Erlangung eines nur von ihm zu vergebenden Gütezeichens (Abitur, Mittlere Reife) normiert. Daraus folgt, daß die vier "bGe" nicht jederzeit durch die Exekutive in Form von AGB geregelt werden können; vielmehr ist ihr der Weg dazu versperrt. Selbst in den Daseinsvorsorgebetrieben berechtigt dieser Vergleich nicht zu einer Analogie zu den AGB. Wenn sich der Anstaltsträger für eine Gestaltungsform entschieden hat, sei sie öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich, dann ist er an die in dem Bereich geltenden Spielregeln gebunden. Mischformen sind untersagt. Fällt seine Wahl auf die Anstaltsordnung und damit auf das öffentliche Recht, dann gilt für ihn auch der in der Verfassung für Eingriffe in Freiheit und Eigentum zumindest niedergelegte Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes. Dieser weist aber für die "bGe" keine durch Analogie zu den privatrechtlichen AGB zu schließende Lücke auf.²⁾ Die Idee Thiemes versagt damit vollständig für die "bGe".

d) Anstaltspolizeigewalt:

Ein Teil der Literatur greift auf das Institut der Anstaltspolizei als öffentlich-rechtliche Ermächtigung zur Regelung "bGe" zurück.³⁾ Aus der Entstehung und Fortbildung des Polizeibegriffes⁴⁾ ergibt sich allerdings, daß nicht die allgemeine Polizeigermächtigung als Grundlage herangezogen werden kann.

Das Wort "Polizei" ist das ins Deutsche übernommene griechische Wort "πολιτεια" (lat. "politia"), das die gesamte Staatsverwaltung umfaßte. In diesem Sinne wurde das Wort "Polizey"

1) Zu diesen Streitpunkt vgl. die Angaben bei Maunz in M-D-H Art. 7 Rdnr. 70 Fußn. 5.

2) siehe die Ausführungen zum Hausrecht auf S. 89 und der Hinweis in Fußn. 2.

3) so vor allem Freudenberger, Beiträge S. 203 ff.; Thieme JZ 1964, 85; Drews-Wacke S. 14 f., 20.

4) vgl. hierzu ausführlich Drews-Wacke S. 1 ff..

in Deutschland bis zum Ausgang des Mittelalters gebraucht. Ende des 17. Jh. sonderten sich einzelne Verwaltungszweige aus dem allgemeinen Polizeibegriff aus, so Auswärtiges, Militärwesen, Finanzen und Justiz. Im übrigen erfaßte der Polizeibegriff nach wie vor noch die gesamte innere Verwaltung.

Schließlich im 19. Jh. begrenzte die Polizei ihre Maßnahmen auf die Gefahrenabwehr. Herausgenommen wurde der große Bereich der Wohlfahrtspflege.¹⁾

Als letzte Stufe folgte dann die Herausnahme des Polizeistrafrechts und der Verwaltungspolizei - sog. Ordnungsverwaltung. Damit blieb für die Polizei nur mehr die Gefahrenabwehr durch die Exekutiv- und Kriminalpolizei übrig. Dieser enge Polizeibegriff macht es unmöglich, die Ermächtigung zu anstaltspolizeilichen Maßnahmen der allgemeinen Polizeiermächtigung zu entnehmen. Zudem sind in den Polizeigesetzen auch die handelnden Behörden ausdrücklich festgelegt.

Steht damit fest, daß sich die Anstaltspolizei nicht auf die allgemeinen polizeilichen Befugnisse stützen kann,²⁾ daß Polizei und Anstaltspolizei verschiedene Institutionen mit unterschiedlichen Regelungsbereichen³⁾ sind, wird die Frage aufgeworfen, worauf sie dann ihre Gewalt gründet.

Kormann⁴⁾ prägte erstmals den Begriff der Anstaltspolizei. Seine Definition⁵⁾ leitete sich aus dem klassischen Polizei-

1) Grundlegend hierfür war das Kreuzberg-Urteil des preußischen Oberverwaltungsgerichts (Urteil v. 14. 6. 1882, zit. in Pr. OVG 9, 353 ff.), in dem eine Polizeiverordnung, die aus ästhetischen Rücksichten zum Schutze der Aussicht auf das Kriegerdenkmal auf dem Kreuzberg in Berlin erlassen wurde, für ungültig erklärt wurde, weil sie zwar die Wohlfahrtspflege, nicht aber dem Schutz gegen Gefahren i.S. des § 10 II 17 ALR diene.

2) wie z.B. auf das PAG (Polizeiaufgabengesetz) in Bayern.

3) Die Anstaltspolizei obliegt dem Anstaltsherrn und gehört folglich zur inneren Verwaltung.

4) AdR 1912, 195 ff..

5) aaO S. 198: Er sah die Anstaltspolizei als Unterfall verwaltungsrechtlicher Notwehr. "Anstaltspolizei bedeutet das Recht, ohne weiteres zwangsweise alles zu beseitigen, was den Betrieb der öffentlichen Anstalt stört." Vgl. auch

begriff ab. Dieser materielle Polizeibegriff mit der Aufgabe, Gefahren abzuwehren, die der öffentlichen Sicherheit und Ordnung drohen, entspreche einem allgemeinen Rechtsgedanken, der auch ohne positive Verankerung im Recht, sowohl im "aG" als auch "bG" gelte. Diese unbestrittene, an allgemeinen polizeirechtlichen Vorstellungen ausgerichtete¹⁾ Ermächtigung gelte auch in unserer heutigen Verfassungsstruktur. Zum Teil wird diese Polizeigewalt auch als Ausfluß einer allgemeinen Eigenschaft der Verwaltung angesehen.²⁾ Sie ermächtige den Anstaltsherrn dazu, alle Anordnungen zur Aufrechterhaltung der inneren Sicherheit und Ordnung der Anstalt zu treffen.³⁾

Mayer VerwR (3) II S. 284 f..

Zum klassischen Polizeibegriff vgl. § 10 II 17 ALR: "Die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publiko, oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizey." Dieser Begriff wurde in § 14 Pr. PVG beibehalten.

- 1) vgl. Freudenberger, Beiträge S. 203 ff.; Thieme JZ 1964, 85.
- 2) so Drews--Wacke S. 14 f., 20: "Die Polizei ist ein Teilgebiet der Staatsverwaltung überhaupt; es kommt daher jeder Verwaltungsbehörde auf ihrem Fachgebiet polizeiliche Funktionen zu." Vgl. auch Bachmann, Diss. S. 115 m.w.N..
- 3) Ein anderes Verständnis der Anstaltspolizei haben Peters Lb S. 115; Jellinek VerwR S. 436; Nafpliotis, Diss. S. 23 f., die hierin nur die Verpflichtung der Polizeibehörden verstehen, zum Schutze öffentlicher Anstalten und überhaupt der öffentlichen Verwaltung nach den allgemeinen Grundsätzen der Gefahrenabwehr einzuschreiten. Ebenso wie private Personen könne die Anstalt unter den Voraussetzungen polizeilichen Einschreitens die Polizeigewalt, die hier als Anstaltspolizei auftrete, zu Hilfe rufen. Teilweise werden die Maßnahmen der Anstaltspolizei auf Dritte beschränkt; d.h. sie können sich nur gegen außerhalb des "bGes" stehende Personen, nicht gegen Gewaltunterworfenen richten, so Nafpliotis, Diss. S. 23 m.w.N.; Forsthoff, Lehrb. S. 503 f.; Wolff II S. 330; Fleiner Inst. (8) S. 320 ff..
Eine weitere Definition gibt Köhler S. 324, der lediglich unter Anstaltspolizei die Durchsetzungsbefugnis für die im Rahmen eines "bGes" erlassenen Anordnungen versteht. Zu diesen Meinungen vgl. Frühling, Diss. S. 104 ff.; Frank, Diss. S. 16 ff.; Bachmann, Diss. S. 115 ff. m.w.N..

Diese Meinungen bleiben unberücksichtigt: Die erste gibt dem Anstaltsherrn keine eigene Regelungs- und Handlungsbefugnis, was jedoch das Thema dieser Untersuchung bildet.

Dieser Ansicht kann deswegen nicht gefolgt werden, weil für die Ausübung der Anstaltspolizei durch die Verwaltung eine gesetzliche Grundlage fehlt.¹⁾ Weder Bundesrecht und Landesrecht²⁾ noch Gewohnheitsrecht³⁾ und Notwehrrecht⁴⁾ gewähren eine solche. Ein allgemeiner Rechtsgedanke im obigen Sinne widerspricht der geltenden Verfassung. Hoheitsbefugnisse, die sich in Form von Befehlen gegenüber den Bürgern äußern, können, wie die Ausführungen zur originären Rechtsetzung der Verwaltung zeigten,⁵⁾ nur aufgrund gesetzlicher Ermächtigung ausgeübt werden.

Zudem wäre die Anstaltspolizei auf die Anstalten des öffentlichen Rechts beschränkt und sie könnte so z.B. schon nicht für Maßnahmen im Beamtenverhältnis herangezogen werden. Daran ändert auch nichts, daß sich der Dienstbefehl prinzipiell in seinem Wesen vom Anstaltsakt nicht unterscheidet.

Erfasst wären auch generell nicht die Maßnahmen, die über die Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung hinausgehen, jedoch zur Erreichung des Anstaltszweckes unentbehrlich sind. Die gebotene Bindung an allgemeine polizeiliche Rechtsgedanken würde nicht einmal im Abwehrbereich den Erlaß genereller Vorschriften durch die Anstaltsordnung gestatten, da sie für Regelungen eine konkrete Gefahr fordert; eine abstrakte genügt nicht.

e) Gewohnheitsrecht:

Oft wird in Literatur und Rechtsprechung auch auf eine gewohnheitsrechtliche Rechtsetzungsbefugnis im Bereich der

Die zweite schließt die Anstaltsunterworfenen aus. Die dritte Meinung gibt nur eine Ermächtigung zum Vollzug, setzt damit bereits die Befugnis zum Erlaß der Maßnahme voraus.

1) vgl. Forsthoff, Lehrb. S. 454/455, 503/504; Frank, Diss. S. 46 ff.; Frühling, Diss. S. 105 ff. m.w.N..

2) vgl. hierzu ausführlich Frank, Diss. S. 46 ff. m.w.N..

3) dazu umfassend Frank aaO S. 74 ff. m.w.N..

4) überzeugend Frühling, Diss. S. 106 ff.; vgl. auch Frank, Diss. S. 76; Schmitt, Diss. S. 99 ff..

5) oben S. 73 ff..

"bGe" verwiesen.¹⁾

Unter Recht im objektiven Sinne versteht man die geltende Rechtsordnung. Sie beinhaltet die Gesamtheit der Rechtsvorschriften, die das Verhältnis einer Gruppe von Menschen zueinander, zu den übergeordneten Hoheitsträgern und zwischen diesen regeln. Darunter fallen nicht nur die ausdrücklich geregelten Rechtsnormen, das sog. gesetzte Recht, sondern auch diejenigen Normen, die sich in langjähriger Übung herausgebildet haben, das sog. Gewohnheitsrecht.²⁾

Gewohnheitsrecht könnte sich demnach aber im "bG" nur gebildet haben, wenn eine, zu einer ständigen Rechtsüberzeugung führende, langjährige Übung der Verwaltung, Recht zu setzen, in diesen Bereich bestanden hätte. In der konstitutionellen Monarchie hatte die Verwaltung entsprechend der damaligen Verfassungsinterpretation ein originäres Recht, ohne Ermäch-

1) Für den Schulbereich: Walter BayVBl 1958, 260 ff.: Die Schulen hätten seit jeher die notwendigen Anstaltsordnungen erlassen, wobei die langdauernde Tradition eine genügend bestimmbare Begrenzung der Ordnungsfunktion vorgenommen habe. Vgl. auch Rehmert DÖV 1958, 441. Thieme DÖV 1956, 524, 527 insoweit einschränkend, als er den Schluß von dem tatsächlichen Bestehen eines Anstaltsverhältnisses auf eine gewohnheitsrechtliche Ermächtigung zu Eingriffen in Freiheit und Eigentum durch die Anstaltsordnung nicht mehr ohne weiteres gestatten möchte. Vgl. weiterhin Reuter BayVBl 1956, 262 ff.; Oppermann S. 181; VGH München VGHE n.F. 9, 11 ff.; Bad.-WürttbG. VGH DVBl 1961, 523 ff..

Strafvollzug: OLG Hamm DÖV 1961, 693 f.: Die Ermächtigung zur Rechtsetzung bestehe im Gewohnheitsrecht, da "gerade auf dem Gebiet des Strafvollzugsrechts es seit je als rechtens angesehen werde, daß die staatliche Gewalt in Ausübung der Justizhoheit, die die Verfügung über den richterlich festgestellten Strafanspruch umfasse, die Strafe vollziehe und hierzu Regelungen schaffe, die materiell Rechtssatzcharakter hätten. Vgl. noch Altenhain JVBl 1962, 55 ff.; DRiZ 1963, 8 ff. (11); Tiedemann S. 56 f.; Baumann MSchrKrim 1964, 63.

Für das "bG" allgemein: Apelt, Vertrag S. 256 bezeichnet die Verwaltungsvorschriften nach feststehender Tradition als "zum natürlichen Zuständigkeitsbereich der Verwaltung" gehörig. Wolff VerwR I S. 131/132 bejaht Gewohnheitsrecht deshalb, weil seit je der staatlichen oder autonomen Verwaltung die Befugnis zuerkannt werde, "bGe" selbst abstrakt zu regeln. Vgl. weiterhin Obermayer VA S. 138; DVBl 1959, 355; Brohm DÖV 1964, 247 f.; Köhl, Diss. S. 81; Rupp VVDStRL 23, 275 f.; Rehmert NJW 1957, 575 f.; NJW 1958, 232 f.; Ipsen VVDStRL 15, 202; Krüger VVDStRL 15, 119; Oeltze, Diss. S. 59; Böckenförde-Grawert AöR 95, 30; Weber, Verkündung S. 95 ff.; BayVGH BayVBl 1961, 186 f..

tigung durch den Gesetzgeber, die notwendigen Regelungen in den "bGen" zu erlassen. Bedingt durch den überkommenen Rechtsbegriff waren jedoch die "bGe" aus dem Bereich des Rechts ausgeklammert.¹⁾ Von einer hergebrachten Rechtsetzungsbefugnis der Verwaltung kann daher nicht die Rede sein. Die gewohnheitsrechtliche Regelungsbefugnis ermächtigte die Verwaltung nur zum Erlaß von Nicht-Recht, das die Verwaltungsvorschriften charakterisierte.²⁾ Mit der verfassungsrechtlichen Forderung nach rechtlicher Durchnormierung der "bGe" wurde jedoch dieses vorkonstitutionelle Gewohnheitsrecht hinfällig. Die Bestätigung findet sich in der bereits nach Erlaß des Grundgesetzes begonnenen allgemeinen Diskussion um die "Lücke im Rechtsstaat"³⁾, die eine Gewohnheitsrechtsbildung nach 1949 hinderte. Damit fehlt bereits eine Hauptvoraussetzung, eine über einen längeren Zeitraum sich erstreckende Übung der Verwaltung, im Bereich der "bGe" Recht zu setzen.⁴⁾

Selbst wenn man eine nachträgliche Qualifizierung der ehemals als rechtsfrei angesehenen Kompetenz der Verwaltung im "bG" mittels der heute zur Verfügung stehenden juristischen Kategorien für zulässig und auch erforderlich erachtet⁵⁾ und auf

2) vgl. Wolff VerwR I S. 122 m.w.N.; Forsthoff, Lehrb. S. 146.

1) siehe oben S. 43 ff..

2) Exakt dürfte hier von Gewohnheitsrecht nicht die Rede sein, weil es der Kategorie "Recht" zugeordnet wird und daher ein "Nicht-Recht-Bereich" von ihm nicht erfaßt werden kann.

3) so Jesch, Gesetz S. 210 ff..

4) ähnlich Fuß DÖV 1972, 769; BayVGH BayVBl 1971, 195 f..

5) so Jesch S. 210 f.; Spannagel, Diss. S. 135; ähnlich auch Rehmert DÖV 1958, 441.

Dagegen Lang, Diss. S. 54, der diesen Gedanken von Jesch pauschal mit dem Argument abtut, dies würde in Wirklichkeit die Sanktion und Fortführung einer rechtsfreien Verwaltung bedeuten.

Lang verkennt damit den Versuch Jesch's, diesen überkommenen rechtsfreien Raum gerade mit verfassungsrechtlich legitimen Mitteln zumindest vorübergehend in unseres geltendes Verfassungssystem einzuordnen. Das Problem spezifiziert sich dann auf die Frage, ob dies die Verfassung zuläßt. Vgl. hierzu die anschließenden Ausführungen.

Zu Unrecht wendet sich daher auch Schüler-Springorum S. 81 gegen diesen grundsätzlichen Versuch.

diese Weise die langjährige Übung nachweisen könnte, fehlt es immer noch an einer weiteren Voraussetzung, der allgemeinen Rechtsüberzeugung, der *opinio juris vel necessitatis*. Im "bG" läßt sich diese weder bei den gewaltunterworfenen noch bei den gewaltausübenden Personen nachweisen. Schul-, Wehrdienst- und Strafvollzugsverhältnis beruhen weitgehend auf Zwang. Die Gewaltunterworfenen befolgen hier die staatlichen Anordnungen nicht aufgrund eigener innerer Überzeugung, sondern meist aus Furcht vor den an die Nichtbeachtung sich knüpfenden Folgen wie Arrest, Verweis etc.. Wenige machen sich Gedanken über eine Legitimation der Verwaltung; oft fehlt das geistige Niveau hierzu, so zum Teil bei Strafgefangenen und vor allem bei jüngeren Schülern.¹⁾ In weiten Bereichen ist zudem die Verwaltungstätigkeit so kompliziert und undurchsichtig, daß selbst ihr Inhalt nicht oder nur schwierig zu erfassen ist, geschweige denn von einer inneren Rechtsüberzeugung der Betroffenen gesprochen werden kann.²⁾ Gleiches gilt für die gewaltausübenden Personen, die vorwiegend selbst in einem "bG", dem des Beamten, stehen. Wenn auch in der Eingehung Freiheit besteht, so zeigt sich doch danach dieselbe Zwangssituation. Der Beamte ist Gehorsam schuldig. Verweigert er ihm, droht ihm Disziplinarstrafe. Remonstrationsverfahren sind selten. Widerspruchslos befolgt er die ihm von seinem Dienstherrn auferlegten Pflichten. Die meisten Beamten bilden sich keine Meinung darüber, ob diese Pflichten nun vom Gesetzgeber festgelegt werden müssen oder ob dies die Verwaltung darf. Eine innere Überzeugung dahingehend anzunehmen, daß es in die Kompetenz der Verwaltung fällt, ist abwegig. Gerade die vor kurzem entfachte Diskussion über das beamtenrechtliche Treueverhältnis mit den daraus entspringenden Pflichten, wie Streikverbot etc., zeigt vielmehr, daß die Beamten die herkömmlichen, von der Verwaltung auferlegten Pflichten in Frage stellen. Neben diesen Grundvoraussetzungen bildet die geltende Verfas-

1) vgl. hierzu für das Strafvollzugsverhältnis Hans JVB1 1963, 128; Depenbrock NJW 1963, 90.

2) vgl. auch die Bedenken von Rauch, Diss. S. 49 in dieser Richtung.

sung eine weitere Hürde für das Gewohnheitsrecht im "bG". Einige Autoren lehnen grundsätzlich auf dem Gebiet des Verfassungs- und Verwaltungsrechts Gewohnheitsrecht ab.¹⁾ Das Gewohnheitsrecht habe als "Ventil der Volksmeinung", wenn es dies jemals gewesen sei, "im Zeitalter des Parlamentarismus und der verfassungsmäßigen Garantien des Volksbegehrens und des Volksentscheids" diese Rolle ausgespielt.²⁾ Durch die Ablösung des Polizeistaates durch den neuzeitlichen Verfassungsstaat seien dem Gewohnheitsrecht "die Wurzeln abgeschnitten", so daß es sich nicht mehr fortentwickeln könne.³⁾ Für die Unzulässigkeit von Gewohnheitsrecht spreche auch der Umstand, "daß die vornehmste Quelle des Staatsrechts die Verfassungsurkunden seien, also Normen, an deren Unabänderlichkeit durch andere Rechtsquellen schon aus grundsätzlichen Erwägungen festgehalten werden sollte."⁴⁾ Die "bGe" werden hiervon nicht ausgenommen. Die überwiegende Meinung dagegen bejaht generell die Geltung von Gewohnheitsrecht auch auf Verwaltungs- und Verfassungsebene.⁵⁾ Eine Lanze für sie bricht Art. 123 Abs. 1 GG. Sein Wortlaut "Recht" im Gegensatz zu "Gesetz" schließt auch das Gewohnheitsrecht ein. Auch nach seinem Sinn sollte die gesamte frühere Rechtsordnung grundsätzlich weitergelten, sofern sie nicht dem Grundgesetz widerspricht. Dadurch vermied

1) so Giacometti S. 169 ff.; Höhn S. 15 ff.; Mayer VerwR (3) I S. 87 ff.; Seydel S. 249 f.; vgl. auch Spannagel, Diss. S. 54 ff., der Gewohnheitsrecht nur unter ganz engen Voraussetzungen zuläßt. Vgl. weiterhin die umfassenden Darstellungen des Schrifttums bei Mörtel BayVBl 1958, 265; Meinzolt BayVBl 1928, 232 ff..
Vgl. zu dieser Problematik ausführlich Tomuschat S. 1 ff.; weiterhin Schwendy, Diss. S. 27 ff. m.w.N.; Kleiser, Diss. S. 108 ff. m.w.N..

2) Vgl. Meinzolt BayVBl 1928, 232/233, der dem Gewohnheitsrecht als "unvollkommene Art der Rechtsbildung" für das Staatsrecht eine verschwindende Bedeutung beimißt. Ausdrücklich verneint er Gewohnheitsrechtsbildung im konstitutionellen Staat ohne gesetzliche Legitimation.

3) so Meinzolt aaO S. 236.

4) vgl. Meinzolt aaO S. 237.

5) vgl. hierzu Maunz in M-D-H Art. 123 Rdnr. 6 Fußn. 2 m.w.N.; vgl. auch Forsthoff, Lehrbuch S. 146 f. m.w.N..

das Grundgesetz eine Fülle von Lücken in der noch völlig unzureichend ausgestalteten neuen Rechtsordnung, was eine erhebliche Rechtsunsicherheit zur Folge gehabt hätte. Diese Meinung räumt demnach ein, daß Gewohnheitsrecht der früheren Verfassungsstaaten zwar grundsätzlich Bestandteil unserer heutigen verfassungsmäßigen Ordnung sei, vorausgesetzt, es widerspreche nicht dem Grundgesetz. Genau dies sei aber bei den generellen Anordnungen der Verwaltung im "bG" der Fall. Früher hätten sie sich durchaus noch in das verfassungs- und verwaltungsrechtliche System eingeordnet, doch gegenwärtig widersprächen sie dem verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes. Diesem elementaren Prinzip zuwiderlaufendes Gewohnheitsrecht würde die Struktur des Grundgesetzes verfassungswidrig verändern und erlange deshalb keine Geltung.¹⁾ Diese Argumentation ist stichhaltig. Zwar wird eingeräumt, daß der Grundsatz der Gewaltenteilung, der im Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes zum Ausdruck kommt, keine strenge Trennung der Gewalten fordert, sondern Überschneidungen zuläßt. Erkennt man jedoch eine unbestimmte gewohnheitsrechtliche Ermächtigungsnorm²⁾ zugunsten der Exekutive an, die weiten Lebensbereiche der "bGe" eigenständig zu regeln, bedeutet es gleichzeitig die Entbehrlichkeit normativer Regelungen durch den Gesetzgeber. Im Ergebnis bestünde damit kein Unterschied zur originären Rechtsetzungsbefugnis der Exekutive im "bG". Wie bereits im vorhergehenden Abschnitt ausgeführt,³⁾ widerspricht aber eine solche Gleichstellung von Legislative und Exekutive in der Rechtsetzung "dem ganzen sachlichen Gehalt, der immanenten Auffassung"⁴⁾ der

-
- 1) Vgl. Jesch, Gesetz S. 114/115; "Aus einer Verwaltungspraxis, die einem Grundpfeiler des Rechtsstaates strikt zuwiderläuft, kann sich nimmermehr ein das Verfassungsrecht derogierendes Gewohnheitsrecht bilden." Vgl. auch Giacometti S. 170 f.; Hamann-Lenz S. 39; Bonn.Komm. Art. 19 S. 6 m.w.N..
 - 2) Schmidt (zit. bei Meinzolt S. 229) konstatiert "eine gewisse Verschwommenheit und Unfaßbarkeit" des Begriffes Gewohnheitsrecht, obwohl er es grundsätzlich bejaht. Vgl. auch Mörtel BayVB1 1958, 264.
 - 3) siehe oben S. 73 ff..
 - 4) so Nawiascky, Gewohnheitsrecht S. 158; ähnlich Merkl VerwR S. 104.

Verfassung.¹⁾ Demnach kann sich die Exekutive im "bG" nicht auf Gewohnheitsrecht berufen, um so ihre Verwaltungsvorschriften zu legitimieren.

f) Zweck des "bGes":

Da echtes Gewohnheitsrecht versagt, versucht ein Teil der Lehre und Rechtsprechung, die Rechtsetzungsbefugnis der Verwaltung durch den für das jeweilige "bG" gesetzlich fixierten Zweck des Verhältnisses zu rechtfertigen.²⁾ Diese Zweckfestlegung beinhalte gleichzeitig die Ermächtigung der Exekutive, alle zur Erfüllung des Zweckes erforderlichen Regelungen zu treffen.³⁾ Der verfolgte Zweck wird damit zum normativen Faktor emporgehoben. Allerdings beschränken sie die Maßnahmen auf pflichtgemäßes Ermessen, um so der Gefahr zu entgehen, daß der Zweck das Mittel "heiligen" könne. Diese Auffassung fordert stärksten Widerspruch heraus. Sie unterliegt hier einem Trugschluß. Die gesetzliche Festlegung des Aufgabenbereichs der Verwaltung räumt ihr noch keine Eingriffsbefugnis gegenüber dem Bürger ein. Was im Polizeirecht gängige Meinung ist, nämlich die Unzulässigkeit des Schlusses von der Aufgabenzuweisung auf eine Befugnisnorm der Polizei, gilt auch für die innere Verwaltung im Bereich der "bGe". Es liefe sonst darauf hinaus, daß die ergriffenen Maßnahmen im "bG" in sich selbst die Rechtfertigung trügen. Der

1) Vgl. auch Heckel DVBl 1957, 482: Der Gedanke, daß der Erlaß der für Millionen verbindlichen Gebote und Verbote in weitgesteckten Lebensvereichen mit Wirkungen für das ganze Leben eines Menschen (so in der Schule) auf eine in die verfassungsrechtliche Ordnung als Fremdkörper hineininterpretierte gewohnheitsrechtliche Generalklausel zurückgeführt werden solle, sei rechtsstaatsfremd.

2) vgl. Thieme, HochschulR S. 309 f.; JZ 1964, 83; Röhrs S. 87; Koellreutter StR S. 52; Obermayer VA S. 117 ff.; Krüger, Gutachten S. 10 f.; OLG Celle NJW 1961, 692 f.; OLG Frankfurt JR 1964, 393; OVG Hamburg ZBR 1958, 81 f..

3) sog. "Zweck-lex". Vgl. Thieme, HochschulR aaO, der formuliert, daß die Befugnis zum Handeln "potentiell" im "bG" enthalten sei. Röhrs S. 87: "Nur weil hinter der Verwaltungsvorschrift ein bestimmter Zweck steht, fällt die Befolgung unter die mit Eintritt in das "bG" übernommenen Verpflichtungen."

Zweck steckt aber nur den wahrzunehmenden Aufgabenbereich ab und die Aufgaben vermögen durch ihre Existenz noch nicht die konkrete Durchführung legitimieren.¹⁾ Die Verfassung gewährt dem "Zweck" keine normative Kraft. Letztlich dient auch das "aG" einem Zweck.²⁾ Die Folge wäre, daß sich generell gesetzliche Vorschriften erübrigten. Diese Konsequenz für das "aG" wird jedoch nicht gezogen, da das verfassungsrechtliche Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes entgegensteht. Es besteht kein Grund, das "bG" anders zu behandeln. Gerade in den wichtigen Lebensbereichen der "bGe" läßt die Verfassung keinen Raum für eine Rechtfertigung irgendwelcher Beeinträchtigungen des Bürgers durch den verfolgten Zweck. Wollte man dennoch den Zweck des "bGes" dem formellen Gesetz gleichstellen, wäre die Beteiligung der Legislative überspielt, der Gesetzgeber seiner Funktion, der Rechtsetzung, beraubt.³⁾ Zudem würde diese Zwecklehre geradezu eine Umkehr der Rechtsstaatlichkeit im "bG" heraufbeschworen. Rechtssicherheit und -klarheit gingen verloren, da die Ermächtigungsgrundlage "Zweck" höchst unspezifiziert ist. Was heißt Zweck, welche Verwaltungsstelle definiert ihn, welche Handlungen werden dadurch gerechtfertigt? Den wenigsten "bGen" ist ein allgemeingültiger Zweck zu eigen. Umstritten ist bereits, ob die Zweckverfolgung nur notwendige (negative Abgrenzung) oder auch nützliche Maßnahmen (positive Abgrenzung) einschließt.⁴⁾ Fragwürdig ist weiterhin die grundsätzliche Zweckfestlegung der einzelnen "bGe". Verfolgt der Freieitsentzug einen Sühnezweck oder weist er general- oder spezialpräventiven Charakter auf? Soll von diesem unseligen Streit das rechtliche Schicksal der Strafgefangenen abhängen? Darf die Vollzugsbe-

1) Vgl. Jesch, Gesetz S. 209, wonach der Anstaltswitzweck eine Begrenzung der Zuständigkeit und der Befugnisse der Verwaltung, nicht aber eine Ermächtigung sei.

2) siehe oben S. 2 "dienende Funktion".

3) vgl. dieselbe Argumentation zur originären Rechtsetzung S. 73 ff..

4) vgl. hierzu Boehm, Diss. S. 134 und Löffler NJW 1964, 1103 m.w.N.. Im Zusammenhang mit Friedhofsanstalten hat Grabendorff ZBR 1956, 140 darauf hingewiesen, daß im Beamtenverhältnis nicht alles dienstlich Nützliche und Zweckmäßige erlaubt sei. Vgl. auch Bachof, Rechtsgutachten S. 13.

hörde je nach ihren Zweckmäßigkeitserwägungen den einen oder anderen Strafzweck vorziehen?¹⁾ So könnte durchaus zweckmäßig sein, widerspenstige Gefangene mit der Prügelstrafe zu disziplinieren oder eine dauernde Fesselung anzuordnen, um jeden Fluchtversuch von vorneherein zu verhindern.²⁾ Im Lichte der heutigen Verfassung wäre dies nicht zu billigen. Wie die Diskussion des sog. "inneres Gefüges" der Bundeswehr zwischen den "Konservativen" und den "Reformern" zeigt, fehlt auch im Wehrdienstverhältnis eine einheitliche Zweckbeurteilung.

Selbst wenn in einigen "bGen", wie im Schul- und im Beamtenverhältnis der Zweck weitgehend durch den Gesetzgeber fixiert wurde, mindert dies den Spielraum der Verwaltung nur unwesentlich. Innerhalb dieses Rahmens hat sie freie Hand und kann folglich den interpretationsbedürftigen "bestimmten Zweck" nach ihrem Belieben auslegen.³⁾ Inhalt und Grenzen unterliegen damit letztlich ihrer Regelungsbefugnis. Sie steckt den Bereich der "bGe" ab. Dies widerspricht jedoch rechtsstaatlichen Grundsätzen.⁴⁾ Dieses Ergebnis ändert auch

1) so OLG Hamburg MDR 1965, 758 f..

2) Bsp. von Spannagel, Diss. S. 69.

3) Leisner DVBl 1960, 620 spricht von "subjektiv-freier Zwecksetzung" der Verwaltung im "bG" als "Rest polizeistaatlichen Denkens".

4) Um dieser Folge zu entgehen, zieht Leisner DVBl 1960, 620 die Grenzen des Zweckes als hinreichende Legalitätsbasis enger und stellt Bedingungen auf. "Jede Maßnahme der Besonderen Gewalt muß also einem zulässigen, mit legislativ-normativen Mitteln nicht realisierenden Zweck, zu dessen Erreichung gerade und nur sie erforderlich und geeignet ist, dienen."

Leisner aaO S. 621 prüft dabei zunächst die Zulässigkeit der Zwecksetzung nicht aufgrund des einseitigen Vorbringens der Verwaltung, sondern nach der objektiven Struktur der Institution. Die Notwendigkeit der Maßnahme muß dann "objektiv unvorhersehbar" sein, erst dann ist die Besondere Gewalt das adäquate Mittel. Ist dann der Zweck zulässig und generell verfolgbar mit Besonderer Gewalt, so muß am strengsten objektiven Maßstab geprüft werden, ob die betreffende Maßnahme zu seiner Erreichung nötig ist und ob die Schwere des Eingriffs hierzu in einem angemessenen Verhältnis steht. Ähnlich Paetzold, Diss. S. 119 ff. (siehe oben S. 22/23).

Ihre Hauptvoraussetzung ist die mangelnde Regelbarkeit durch

nicht die gesetzliche Festlegung des Begründungsaktes für die Personen, die in ein "bG" eintreten. Immer noch bestünde eine rechtsstaatswidrige gesetzliche Blankovollmacht für die Exekutive, solange nicht auch die Ausgestaltung des "bGes" vom Gesetzgeber übernommen wird. Dies verträgt sich vor allem nicht mit Art. 80 GG. Diese Vorschrift gestattet eine limitierte, gewaltendurchbrechende Rechtsetzungsbefugnis der Exekutive. Die Voraussetzungen sind hier normiert, nämlich gesetzliche Festlegung von Inhalt, Zweck und Ausmaß des zu regelnden Gegenstandes. Eine Blankovollmacht zur Regelung eines "bGes" ist daher verfassungsrechtlich unzulässig. Sieht man diese Problematik zudem noch im Zusammenhang mit dem Rechtsschutzgebot des Art. 19 Abs. 4 GG,¹⁾ so wird das Ergebnis bestärkt. Der den Gerichten erteilte Rechtsschutzauftrag kann nur dann verfassungsgemäß erfüllt werden, wenn die Ermächtigungsgrundlage so klar umgrenzt ist, daß der Richter die vorliegenden Maßnahmen auf ihre Übereinstimmung mit dem normativen Tatbestand vollständig überprüfen kann. Eine Mißachtung dieser Forderung hindert ihn, das Verhalten der Exekutive effektiv zu kontrollieren.²⁾

g) Natur der Sache:

Nicht minder oft wird von der "Natur der Sache" als Ermächtigungsgrundlage gesprochen.³⁾ Mit "Natur der Sache" ist das Wesen, die juristische Eigenart des "bGes" gemeint. Thieme⁴⁾ verweist auf Dürig, der nach seiner Meinung zu Recht Dernburg zitiert⁵⁾: "Die Lebensverhältnisse tragen, wenn auch mehr oder weniger entwickelt, ihr Maß und ihre Ordnung in sich. Diese den Dingen innewohnende Ordnung nennt man "Natur

den Gesetzgeber. Fällt diese weg, bricht ihre Konstruktion zusammen. Näheres hierzu S. 119 ff. der Arbeit.

1) Zur Frage des Art. 19 Abs. 4 GG siehe 4. Kap..

2) vgl. auch oben S. 82 ff..

3) vgl. Thieme DÖV 1958, 525; Bachof VA S. 292 Anm. 28; Mayer VerwR (3) II S. 286 Anm. 4; Heckel DÖV 1956, 585 ff.; Röhrs S. 85 ff.; Oppermann S. 181; so auch schon Preuß. OVG Bd. 30, 438 ff.; 38, 58 ff.; vgl. hierzu auch Hess. StGH DÖV 1956, 51 ff..

4) aaO.

5) AöR 79, 73.

der Sache". Auf sie muß der denkende Jurist zurückgehen, wenn es an einer positiven Norm fehlt und wenn diese unvollständig und unklar ist.¹⁾ Diese von Dürig für die bayerischen Verhältnisse vor Erlaß des PAG v. 1954 herangezogenen Sätze gelten auch für das "bG". Die Gewährleistung der inneren Ordnung auf öffentlich-rechtlicher Grundlage könne der nach öffentlichem Recht arbeitenden Anstaltsverwaltung nicht mit der Begründung versagt werden, es fehle an einer positiven Grundlage. Sobald, solange und soweit der Anstaltszweck von der Rechtsordnung gebilligt sei und der Anstaltsnutzer durch Gesetz in ein auf die Nutzung der Anstalt bezogenes Verhältnis getreten sei, erlaube und fordere die "Natur der Sache", daß die Anstaltsorgane diejenigen Maßnahmen treffen können, die geeignet seien, Gefahren für die Ordnung und Sicherheit der gemäß dem Anstaltszweck ausgeübten Anstaltsverwaltung abzuwenden.²⁾

Abgesehen davon, daß die Maßnahmen nur auf die unmittelbare Gefahrenabwehr beschränkt sind und aus diesem Grunde schon die "Natur der Sache" eine ungenügende Ermächtigungsgrundlage für die gesamten Anstaltsregeln bildet,³⁾ folgt aus der "Natur der "bGe"" oder kraft ihres Wesens keine Recht-

1) Pandekten Bd. 1, 3. Aufl., 1884 S. 87. Vgl. auch Radbruch, Natur der Sache, S. 163, dessen Definition allgemeine Zustimmung gefunden hat. Er sieht in der "Natur der Sache" ein Mittel der Auslegungen und Lückenfüllung, soweit der von ihr ermittelte Sinn des Lebensverhältnisses, und die Idee, auf die es sich gründet, mit dem Gesite des Gesetzes nicht in Widerspruch steht. Sie ist die ultima ratio der Auslegung und Vervollständigung des Gesetzes, die nur dann zur Anwendung kommt, wenn man für die Regelung eines Lebensverhältnisses eine vom konkreten Gesetzgeber gemeinte Idee nicht nachweisen kann, wenn man vielmehr genötigt wird, sich auf den Gesetzgeber überhaupt, den Gesetzgeber in abstracto zu berufen".

2) sog. "Natur-Lex". Vgl. z.B. PreuBOVG Bd. 30, 438 ff.: Es folge aus der Natur der Sache, daß jeder Lehrer befugt sei, die Ordnung in der ihm anvertrauten Schule aufrechtzuerhalten und zu diesem Zweck, den Schülern Zurechtweisungen und Rügen zu erteilen. Röhrs S. 86: Aus der Natur des "bGes" folge, daß der Vorbehalt des Gesetzes innerhalb des "bGes" nicht gelte. Oppermann S. 81 anerkennt im Schulbereich "einen aus der Sache heraus sich rechtfertigenden Eigenspielraum der Verwaltung".

3) vgl. auch oben S. 95 zur Anstaltspolizeigewalt.

fertigung. In allen Bereichen, in denen der Gesetzgeber einen Gegenstand nur mangelhaft geregelt hat, könnte die Exekutive mit dem Hinweis auf die Natur dieses Gegenstandes eigene Rechtsetzungsbefugnis begründen, eine Lösung, die die frühere Theorie vom "Hausgut der Verwaltung" im "bG" konserviert. Zwar ist grundsätzlich anerkannt, daß einem Organ der Verfassung eine Regelungskompetenz kraft "Natur der Sache" zustehen kann,¹⁾ doch darf diese nicht verfassungsrechtlichen Prinzipien widersprechen und muß auf das Allernotwendigste beschränkt sein. Wie bereits schon dargelegt,²⁾ gebietet die Verfassung die uneingeschränkte Anwendung des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes. Die Exekutive darf Eingriffe in die Freiheitssphäre der Bürger nur vornehmen, wenn ihr dazu die Befugnis vom Gesetzgeber entsprechend den Voraussetzungen des Art. 80 GG übertragen worden ist.³⁾ Dieser Aufgabe darf sich der Gesetzgeber nicht entziehen. Eine Notwendigkeit, die "bGe" durch die Exekutive zu regeln, evtl. bedingt durch die Unfähigkeit des Parlaments, besteht nicht.⁴⁾ Selbst wenn sie vorhanden wäre, stünde immer noch die Frage im Raum, ob aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht dann auf ihre Gestaltung verzichtet werden müßte?⁵⁾

h) Verfassungsrechtliche Institutionalisierung:

Die überwiegende Meinung in Literatur und in der Rechtsprechung⁶⁾ versucht, die Rechtsetzungsbefugnis der Exekutive im

- 1) So hat z.B. nach allgemeiner Meinung der Bund die Gesetzgebung über Bundesbehörden (und deren Verwaltungsverfahren) und die Bundessymbole, obgleich diese Materien dem Bund nicht ausdrücklich (durch Benennung im Grundgesetz) zugeordnet sind. Vgl. BVerfGE 12, 205 ff. (251).
- 2) vgl. oben S. 73 ff..
- 3) siehe auch oben S. 104 zum "Zweck" als Grundlage.
- 4) siehe hierzu S. 119 ff. der Arbeit.
- 5) vgl. dazu den nachfolgenden Ausführungspunkt h).
- 6) vgl. Krüger ZBR 1956, 309 ff.; Münch JZ 1958, 73 f.; Diss. S. 35 ff.; Mann DÖV 1960, 410; Dowie, Diss. S. 116; Schmitt, Verfassungslehre S. 170 ff.; Dame, Diss. S. 16; Köttgen, Meinungsfreiheit S. 71; Kalisch AöR 78, 345; BVerwG JZ 1958, 736 ff.; BGHZ 2, 273 ff. (276); 9, 322 ff..

"bG" unmittelbar aus der Verfassung abzuleiten. Diese habe die "bGe" "institutionalisiert",¹⁾ so das Beamtenverhältnis in Art. 33 Abs. 4 und 5, 137 Abs. 1 GG, das Schulverhältnis in Art. 7 GG, das Strafvollzugsverhältnis in Art. 74 Nr. 1, 12 Abs. 4, 104 GG, das Wehrverhältnis in Art. 73 Nr. 1, 17a GG. Unter Institutionalisierung versteht man die Erscheinung, daß das Grundgesetz diese "bGe" als existent behandelt und voraussetzt. Ihre Funktionsfähigkeit in herkömmlicher Weise werde gewährleistet. Das bedeute, daß die Verfassung mit der Institutionalisierung auch die nur dem "bG" eigene Eingriffsbefugnis der Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung, diese "zweckbegrenzte Teilrechtsordnung innerhalb der gesamten Rechtsordnung"²⁾, anerkenne.³⁾ Mit der Aufnahme dieser Lebensverhältnisse in die Verfassung habe sie der Verfassungsgeber als Ausnahme vom Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes statuiert. Folgerichtig verneinen die Vertreter dieser Auffassung eine Legitimation "bGe" außerhalb des Grundgesetzes. Das verfassungsrechtliche Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes kann in der Tat nur durch die Verfassung selbst außer Kraft gesetzt werden. Insoweit ist ein Fortschritt dieser Ansicht gegenüber den bisher aufgeführten Theorien zu verzeichnen, als versucht wird, die "bGe" in das geltende Verfassungssystem zu integrieren.

Fragwürdig ist jedoch, ob die Erwähnung dieser Verhältnisse in der Verfassung schon den Schluß rechtfertigt, daß entge-

1) Zu dem Ausdruck "Institutionalisierung" im Unterschied zu "institutioneller Garantie" vgl. Krüger ZBR 1956, 309. Die institutionelle Garantie hat eine ganz andere Abwehr- richtung, nämlich gegen Gesetzgebung und Verwaltung, wäh- rend es bei der Institutionalisierung darum geht, die Funktionsfähigkeit der "bGe" gegenüber den aus dem Rechts- staatsprinzip und den Grundrechten abgeleiteten Ansprü- chen des Betroffenen sicherzustellen. Eine institutionelle Garantie bildet z.B. die akademische Selbstverwaltung (Art. 5 Abs. 3 GG). Zur institutionellen Garantie vgl. ausführ- lich Abel S. 1 ff..

2) so Freudenberger, Beiträge S. 172 für das Strafvollzugs- verhältnis.

3) Demgemäß subsumiert das BVerwG JZ 1958, 736 ff. im An- schluß an das Elfes-Urteil des BVerfG (E 6, 32 ff.: Ver- fassungsmäßige Ordnung ist die Gesamtheit der Normen, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind.) unter den Begriff der Normen auch herkömmliche generelle Anordnungen durch die Verwaltung im "bG".

gen dem Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes sie bereits als die überkommenen "bGe" verfassungsrechtlich sanktioniert sind? Naheliegender ist vielmehr die Folgerung, daß hiermit noch keine Aussage über die konkrete Ausgestaltung dieser Verhältnisse getroffen wird.¹⁾ Wenn die Verfassung von der Existenz der Verhältnisse ausgeht, so besagt das nur etwas über ihre grundsätzliche Zulässigkeit, Regelungs- und Schutzbedürftigkeit, nichts aber über die Art und Weise der zu erlassenden Vorschriften. Ebenso wie bei anderen Regelungsgegenständen bestimmt sich dies nach dem von der Verfassung festgesetzten Kompetenz- und Verfahrensgefüge. Es gilt also der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes auch für diese Verhältnisse. Das bedeutet, daß eine Anerkennung "historisch gewordener Eigengesetzlichkeiten"²⁾ in diesem Bereich zu ver-sagen ist. Die nachfolgende Untersuchung der einzelnen institutionalisierenden Normen der Verfassung bestätigt das Ergebnis.

aa) In Art. 74 Nr. 1 GG ist der Strafvollzug als Gegenstand konkurrierender Gesetzgebung dem Bund zugewiesen. Hieraus schon eine Institutionalisierung als Ausnahme vom Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes abzuleiten, würde folgerichtig dazuführen, daß auch alle anderen im Zuständigkeitskatalog des Art. 74 GG aufgeführten Gegenstände³⁾ als solche Verfassungsinstitutionen zu begreifen wären. Entsprechendes müßte für die ausschließliche und die Rahmengesetzgebung des Bundes, Art. 73, 75 GG, gelten. Als Folge wäre die gesamte Gesetzgebungskompetenz ausgehöhlt. Unter Berufung auf die Institutionalisierung könnte die Verwaltung, ohne an das Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes gebunden zu sein, alle diese Lebensbereiche eigenständig regeln und so die Verfassung grundlegend umstrukturieren - ein unhaltbares Ergebnis.⁴⁾ Auch Art. 103, 104 GG rechtfertigen eine solche Institutionalisierung nicht. Art. 104 Abs. 1 GG spricht ausdrücklich von

1) so Kempf JuS 1972, 704.

2) so Erichsen, Wolff-F. S. 239/240.

3) so z.B. Wirtschafts-, Staatsangehörigkeits- und Bodenverkehrsrecht.

4) vgl. hierzu auch Schüler-Springorum S. 94 ff..

der Notwendigkeit eines förmlichen Gesetzes für den Freiheitsentzug. Die Mindestvoraussetzungen hierfür sind in diesen Vorschriften festgelegt. Sie bewirken aber nicht eine Entbehrlichkeit gesetzlicher Tätigkeit.

bb) Gleiches gilt für den Schulbereich. Art. 7 GG vermag nicht als ausreichende Ermächtigungsgrundlage für Akte der Verwaltung vom Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes zu befreien. Wenn dem Staat in Art. 7 Abs. 1 GG die Aufsicht über das gesamte Schulwesen übertragen wurde, so ist damit noch nicht die Befugnis eingeräumt, mit administrativen Regelungen die Schulverhältnisse zu gestalten und ohne gesetzliche Ermächtigung i.S. des Vorbehalts des Gesetzes Eingriffe in die Rechtssphäre des Schülers vorzunehmen. Unter Berücksichtigung der tragenden Prinzipien der Verfassung, wie Rechtsstaatlichkeit, Demokratiegebot und Sozialstaatlichkeit,¹⁾ erscheint eine derart weite Interpretation des Art. 7 Abs. 1 GG, die unter dem Begriff "Staat" die Exekutive und unter "Aufsicht" deren Regelungsbefugnis versteht, als verfassungswidrig.²⁾ Vielmehr bestimmt sich das Normierungsrecht ausschließlich nach den Kompetenzvorschriften zur Gesetzgebung. Gemäß Art. 30, 70 ff. GG obliegt danach den Landesparlamenten die Aufgabe, das Schulverhältnis verfassungskonform durch formelle Gesetze zu regeln.

cc) Kein anderes Ergebnis findet sich für das Wehrverhältnis. Art. 73 Nr. 1 GG bildet lediglich eine Gesetzgebungskompetenzvorschrift ebenso wie Art. 74 Nr. 1 GG.³⁾ Der Bund besitzt für diese Materie die ausschließliche Zuständigkeit. Diese Vorschriften grenzen damit nur die Gesetzgebungszuständigkeit zwischen Bund und Land ab. Eine materiellrechtliche Bedeutung im Sinne einer Freistellung vom Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes kann ihnen nicht zugebilligt werden. Art. 17a GG bestätigt dieses Ergebnis, indem er für die aufgeführten Grundrechtseinschränkungen ausdrück-

1) siehe oben S. 73 ff..

2) vgl. hierzu ausführlich Löhning S. 146 ff..

3) vgl. oben S. 108.

lich ein Gesetz im formellen Sinne fordert.¹⁾ Hilfsweise läßt sich noch auf die österreichische Rechtsordnung verweisen, die auch das Wehrverhältnis kennt, ohne so weitreichende Folgen, wie z.B. die Nichtgeltung des Prinzips des Vorbehalts des Gesetzes, daran zu knüpfen.²⁾

dd) Schwieriger gestaltet sich die Auslegung bei Art. 33 Abs. 4 und 5 GG. Zurecht wird in diesen Vorschriften überwiegend eine institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums, seiner Ausgestaltung als öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis im überkommenen Sinne, gesehen.³⁾ Ihr Sinn liegt aber nicht darin, das Beamtenverhältnis als Ausnahme vom Legalitätsgrundsatz zu statuieren.⁴⁾ Art. 33 Abs. 5 GG verweist auf die "hergebrachten Grundsätze". Darunter versteht man den "Kernbestand von Strukturprinzipien, die allgemein oder doch ganz überwiegend und während eines längeren, Tradition bildenden Zeitraums, mindestens unter der Reichsverfassung von Weimar, als verbindlich anerkannt und gewährt worden sind"⁵⁾. Zieht man Art. 143 Abs. 2 WRV⁶⁾ als

1) Näheres zu Art. 17a GG im Rahmen der Grundrechtsgeltung S.

2) Vgl. Ermacora DÖV 1956, 529: Dies verbiete Art. 18 der Österreichischen Verfassung (Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur aufgrund der Gesetze vorgehen), wonach jede Verwaltungsbehörde innerhalb ihres Wirkungskreises nur aufgrund der Gesetze Regelungen treffen darf. Da diese Vorschrift Art. 20 Abs. 3 GG gleiche, müsse dieses grundsätzliche Verbot auch im deutschen Recht gelten.

3) siehe die Angaben auf S. 106 Fußn. 6; hierzu noch insb. Jung, Diss. S. 95 ff. w.w.N..

4) Die Meinungen sind hier geteilt:
Für Art. 33 Abs. 5 als unmittelbar geltendes Recht: vgl. statt vieler Fischbach DVBl 1951, 99 ff.; Heyland DÖV 1950, 86 f.; 1951, 462 ff.; Michael DVBl 1951, 340 ff.; BVerfGE 9, 268 ff. (286); BGHZ 9, 322 ff.; OLG Frankfurt DÖV 1950, 86; vgl. auch Münch, Diss. S. 35 ff. m.w.N..

Für Art. 33 Abs. 5 GG als bloßen Programmsatz: vgl. Hammer ZBR 1953, 217; Wichert DVBl 1951, 8 Fußn. 2; Ule, Gerichtl. Rechtsschutz S. 34; OLG Frankfurt DVBl 1950, 339 f.; OLG Kassel DÖV 1951, 361 ff.; BVerfGE 3, 162 ff. (186), jedoch bereits überholt durch BVerfGE 9, 268 ff. (286); vgl. Bachof DÖV 1951, 479; Kern DÖV 1953, 108 m.w.N..

5) so BVerfGE 8, 332 ff. (343); vgl. auch Maunz, M-D-H Art. 33 Rdnr. 53-55.

6) Wortlaut: "Die Lehrerbildung ist nach den Grundsätzen, die für die höhere Bildung allgemein gelten, für das Reich einheitlich zu regeln."

Parallele zu Art. 33 Abs. 5 GG heran und verweist man auf eine damals weitverbreitete Lehre, die in ihm nur einen Programmsatz sah,¹⁾ ist es sehr zweifelhaft, ob sich hieraus ein allgemeiner Grundsatz des Inhalts, daß im Beamtenverhältnis gesetzliche Vorschriften entbehrlich seien, ableiten läßt.²⁾

Selbst wenn man dies unterstellt, deutet schon der Wortlaut des Art. 33 Abs. 5 GG ("... unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze ...") auf eine bloße Zweitrangigkeit hin. Zuerst muß der gegenwärtigen Verfassungslage Rechnung getragen werden; dann erst sind die hergebrachten Grundsätze heranzuziehen. "Zu regeln" beinhaltet einen Auftrag, der an den Gesetzgeber, nicht an die Exekutive gerichtet ist. Zwar fehlt eine entsprechende Klarstellung wie in Art. 6 Abs. 5 GG ("Gesetzgebung"), doch folgt dies daraus, daß bei gegen-
teilter Meinung der Auftrag ins Leere stieße. Adressiert an die Exekutive, würde er sich deswegen erübrigen, weil das Beamtenverhältnis bereits ausreichend administrativ geregelt war. Der gesetzliche Gestaltungsauftrag weist also gerade auf die normativ höherrangige Legalitätsforderung hin, die in gleichem Maße im "aG" und im "bG" gilt. Die Prinzipien des Beamtenrechts gehören zu den Grundlagen einer Staatsordnung. Geprägt von der jeweiligen Staatsauffassung sind sie in verschiedenen Staatsformen unterschiedlich strukturiert. Einmal festgelegt, können sie nicht unabhängig von den geltenden Verfassungen, gewissermaßen als naturgesetzliche Bedingungen eines jeden zukünftigen Staates, fungieren.³⁾ Es existiert auch "der Staat als solcher" nicht, sondern nur jeweils in seinem konkreten Erscheinungsbild, als Monarchie, Demokratie, Diktatur etc.. Gerade das Beamtentum als Werkzeug staatlicher Tätigkeit ist in besonderem Maße damit dem Wan-

1) Vgl. Anschütz, Verfassung S. 188: "Dieser Satz bedarf, wie aus der Fassung unzweideutig erhellt, der Konkretisierung und Verwirklichung durch Ausführungsgesetze. Vorher ist er Programmsatz und Direktive für den Gesetzgeber.

2) Vgl. Bungardt, Lehrerzeitung Nr. 21, der feststellt, daß Art. 33 Abs. 5 GG nicht als Brücke benutzt werden darf, um die letzten Untertanen in unseres demokratisches Jahrhundert hineinzuschmuggeln.

3) a.A. Thieme, Der öffentl. Dienst S. 17 ff..

del der Staats- und Regierungsform unterworfen.¹⁾ Das Grundgesetz hat aufgrund seines Bekenntnisses zur freiheitlichen, rechts- und sozialstaatlichen Demokratie²⁾ eine neue Verfassungsordnung errichtet. Auswirkungen auf die Struktur des Beamtenverhältnisses sind unvermeidlich. Diese Konsequenz, dem "grundlegenden Wandel des Staatsdenkens, den das Grundgesetz mit sich gebracht hat"³⁾, auch im Beamtenrecht Rechnung zu tragen, verbietet Art. 33 Abs. 5 GG nicht. Es war nicht der Wille des Verfassungsgebers, die Regelungen aus der Weimarer Republik vollkommen gleich zu übernehmen und so im alten Trott jener Zeit weiterzumarschieren.⁴⁾ Entsprechend diesem festen Willen zur wirklichen Neuordnung, können Art. 33 Abs. 4 und 5 GG nicht den Sinn haben, den überkommenen rechtlichen und sozialen Status des Berufsbeamtentums in all seinen einzelnen Erscheinungsformen als umfassenden Bestandschutz gegen Veränderungen in das Grundgesetz aufzunehmen. Zwar wird nicht bestritten, daß in diesen Regelungen das Berufsbeamtentum verfassungsrechtlich institutionalisiert wird,⁵⁾ doch inhaltsmäßig nur entsprechend den Grundentscheidungen der Verfassung, einschließlich des Prinzips des Vorbehalts des Gesetzes.⁶⁾ Das bedeutet, daß die von der Exekutive ohne gesetzliche Ermächtigung erlassenen Regelungen im Beamtenverhältnis aus Art. 33 Abs. 4 und 5 GG nicht gerechtfertigt sind und folglich keinen Bestand haben können. Diese Ausführungen zeigen, daß der Lehre von der "Institutionalisierung" "bGe" in der Verfassung nicht gefolgt werden kann.

-
- 1) vgl. Bachof DÖV 1951, 480; Köttgen DVBl 1951, 652; Röpke ZBR 1962, 178.
Die Vorstellung, daß der Wandel die Staatsform überdauere, ist demnach sehr brüchig geworden. So aber noch BVerfGE 3, 58 ff. (116); dagegen Jesch, Gesetz S. 5 f.; Zwirner, Diss. S. 161.
- 2) vgl. BVerfGE 3, 58 ff. (137); 8, 1 ff. (16); 7, 155 ff. (162); 9, 268 ff. (286); 15, 167 ff. (195).
- 3) so Hamann-Lenz S. 427; vgl. auch Wilhelm BayVBl 1963, 368.
- 4) vgl. Scheuner, Rechtsgutachten S. 76; Cornelius-Gester-Woschek S. 27; LVG Rhld.-Pf. DVBl 1952, 596 ff..
- 5) siehe oben S. 110.
- 6) siehe die Ausführungen auf S. 73 ff..

1) Einwilligung:

In den freiwillig eingegangenen "bGen"¹⁾ wird vorwiegend zur Rechtfertigung der Verwaltungsmaßnahmen die Formel "volenti non fit iniuria" herangezogen.²⁾ Die Einwilligung³⁾ ersetze nicht nur das fehlende Gesetz für den Begründungsakt, sondern sei auch Rechtsgrundlage für die Maßnahmen innerhalb der "bGe". Die Einwilligung müsse dahingehend auszulegen sein, daß sie eine noch nicht genau bestimmte Anzahl und Art von hoheitlichen Anordnungen decke, sofern diese für den Einwilligenden nur voraussehbar und erkennbar seien und der Zweck es erfordere. Eine weitere Einschränkung erfolge darin, daß eine wirksame gesetzvertretende Einwilligung nur vorliege, wenn sie auf echter Freiwilligkeit beruhe und diese nicht vom Gesetz⁴⁾ mißbilligt werde.⁵⁾ Demnach könne der Wille des einzelnen durchaus ein Gesetz ersetzen. Bedenken hiergegen ergäben sich nur vom Standpunkt einer radikalen Anerkennung des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes der Verwaltung; jedoch sei dieser Grundsatz teleologisch auszulegen. Gehe man auf die wahre Bedeutung dieses Grundsatzes im heutigen

-
- 1) z.B. Beamtenverhältnis, weiterführende Schule, Wehrdienstverhältnis des Zeitsoldaten.
 - 2) So erklärt Jellinek, VerwR S. 122: "Das Gesetz ist aber nur dann erforderlich, wenn die zwischen Staat und einzelnen aufgerichtete Rechtsschranke nicht schon anderweitig beseitigt wurde. Dies ist bei den "bGen" der Fall, in die sich der einzelne begeben kann. ... Denn durch Eintritt in den Machtbereich der Anstalt unterwerfen sie sich deren Regelungen." Vgl. auch Mayer VerwR (3) I S. 101; Fleiner Inst. (8) S. 167; Köhler S. 45; vgl. auch Thieme DÖV 1956, 523 f.; Kröger, Diss. S. 40 m.w.N..
 - 3) Synonym hierfür werden "Freiwilligkeit" und "Verzicht" gebraucht. Die durch diese Worte angedeuteten Vorgänge sind zwar theoretisch verschieden, in der praktischen Auswirkung aber sehr ähnlich. Stets kommt zum Ausdruck, daß Maßnahmen nicht gegen den Willen des Unterworfenen getroffen werden können.
 - 4) so Thieme DÖV 1956, 524. Er führt jedoch nicht aus, was er unter Gesetz versteht; evtl. auch die verfassungsrechtlichen elementaren Grundsätze, wie Vorbehalt des Gesetzes?
 - 5) Als Parallele dient ihm § 226a StGB, der als Ausnahmetatbestand zum Ausdruck bringt, daß die gesetzlich gebilligte Einwilligung in die eigene Körperverletzung grundsätzlich einen Rechtfertigungsgrund darstellt.

demokratischen Staat ein, so zeige sich deutlich, daß einem solchen Verzicht der Grundsatz nicht entgegenstehe, sondern sogar essentiell mit ihm übereinstimme. Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes als Teil des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes bedeute, daß ein belastender Akt der Verwaltung nur dann möglich sei, wenn der Gesetzgeber, also das Parlament mit diesem Eingriff einverstanden sei. Das Parlament aber stelle den Willen all derjenigen dar, die es gewählt haben. Der Wille des einzelnen verkörpere sich letztlich im Parlament. Stimme nun das Parlament dem Eingriff der Verwaltung (in Form eines Gesetzes) zu, dann bedeute dies nichts anderes, als daß der Wille aller für diesen Eingriff sei, also auch der Wille des Betroffenen. Erkläre sich der einzelne aber direkt mit dem belastenden Akt einverstanden, legitimiere seine Zustimmung unmittelbar die Verwaltung, gelange sein Wille also dorthin nicht erst über den Umweg des Parlaments, so erscheine es selbstverständlich, daß dann die Verwaltung "erst recht" den Eingriff vornehmen könne. Der Wille des einzelnen komme klarer und unverfälschter zum Ausdruck.¹⁾ Einem Trugschluß unterliege deshalb die Ansicht, die dem einzelnen aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 GG heraus die Pflicht auferlege, die eigene Rechtsposition zu wahren und nicht auf den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes zu verzichten, sonst würde der Rechtsstaat aufgehoben. Das Bekenntnis zum Rechtsstaat berge zwar die Pflicht zur Wahrung der Rechtsposition in sich, aber daraus folge nicht, daß deshalb der "Verzicht" auf den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes unzulässig sei. Dieser "Verzicht" stelle nämlich keine Aufgabe der Rechtsposition dar, sondern eine Steigerung, wenn der einzelne die Verwaltung direkt autorisiere.²⁾ Diese Argumentation stößt bei einigen Autoren auf Ablehnung.

1) Thieme aaO S. 523 verweist auf die Tatsache, daß die Parteien durch Wahlpropaganda, freies Mandat der Abgeordneten, Majorisierung und Kompromisse beim Gesetzgebungsakt etc. imstande sind, den wirklichen Willen der Wähler zu verfälschen und oft genug auch verfälschen.

2) vgl. Thieme aaO; Köttgen, Freiheitsschutz S. 356; Schulke DÖV 1959, 132 ff..

Krüger¹⁾ wendet ein: Wenn die Einwilligung nicht nur die Unterworfenheit, sondern die unterwerfende Gewalt selbst konstituiere und demokratisch legitimiere, so sei diese Variation des Themas "Alle Gewalt geht vom Volk aus" nicht ohne weiteres geeignet, jegliche Bedenken hiergegen zu zerstreuen. Man müsse sich fragen, ob diese Theorie nicht eine gewagte Überdehnung des Satzes "volenti non fit iniuria" darstelle. Deutlicher formuliert es Leisner²⁾: Die Einwilligung könne nicht dem Gesetz gleich erachtet werden, weder entwicklungsgeschichtlich noch dogmatisch, auch wenn man nicht "radikal rechtsstaatlich" denke. Die von Thieme verwendete Verbindung (Gesetz sei ja auch nur ein recht fiktiver Konsens der Mehrheit.) scheitere - abgesehen von der notorischen Fragwürdigkeit der Rousseau'schen Argumentation - an unserer verfassungsrechtlichen Struktur, wolle man nicht alle Schranken zwischen Hoheitsakt und Vertrag einreißen.³⁾ Diese Bedenken schlagen letztlich durch. Zwar sticht nicht das Argument, auf dem Boden des zwingenden öffentlichen Rechts gelte grundsätzlich nicht der Satz "volenti non fit iniuria".⁴⁾ Den Beweis erbringt die fast einhellige Anerkennung⁵⁾ verwal-

1) VVDStRL 15, 122.

2) DVBl 1960, 621 Fußn. 26.

3) ähnlich Fleiner, Inst. (8) S. 179; Ipsen VVDStRL 15, 200; Schwendy, Diss. S. 22 f.; Kleiser, Diss. S. 116 f.; Zwirner, Diss. S. 245; Kempf JuS 1972, 701 ff.; allgemein zur Legitimation rechtsetzender Gewalt vgl. Rupp, Grundfragen S. 113 ff.; Jesch S. 154 ff.. Vgl. auch schon Preuß. OVG Bd. 24, 369 ff. (378): Stelle man sich auf den Standpunkt, daß die Verwaltung nur das bestehende Recht zur Geltung zu bringen habe und weder ihr noch einem einzelnen über das Gesetz eine Verfügungsgewalt zustehe, so sei auch eine gesetzlich nicht vorgesehene freiwillige Übernahme besonderer Pflichten unzulässig.

4) so jedoch Forsthoff, Lehrb. S. 279; Münch, Diss. S. 27; Kleiser, Diss. S. 114.

5) sog. "subordinationsrechtliche" Verträge; vgl. statt vieler Bullinger S. 1 ff.; Schmidt-Salzer NJW 1971, 5 ff.; Götz JuS 1970, 1 ff.; BVerwG DVBl 1967, 43 ff.; JuS 1969, 143; BGH NJW 1970, 2103 ff. (2107); BayVGH BayVBl 1970, 330 f..

Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn ein Gesetz zwingend den Erlass eines Verwaltungsaktes vorschreibt.

Früher dagegen wurde die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge im subordinationsrechtlichen Bereich grundsätzlich verneint. Vgl. hierzu Mayer AöR 3, 1 ff..

tungsrechtlicher Verträge zwischen Hoheitsträger und gewaltunterworfenem Bürger. Doch die "bGe" bilden eben gerade keine derartigen öffentlich-rechtlichen Verträge. Sie charakterisieren sich nicht als Rechtsverhältnisse auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, die durch korrespondierende Erklärungen der Vertragsparteien zustande kommen.¹⁾ Vielmehr kennzeichnet die "bGe" der höheren Schüler, Beamten und Zeitsoldaten das Diktat des Hoheitsträgers in Form detailliert festgesetzter Ordnungsnormen. Gleichberechtigung bei der Entstehung und Ausgestaltung dieser Verhältnisse fehlt. Dem Bürger steht weitgehend nur die Möglichkeit offen, ihren Inhalt ausnahmslos zu akzeptieren oder aber auf eine Eingehung zu verzichten. Verpflichtungen und Berechtigungen entstehen damit durch einseitiges Handeln des Verwaltungsorgans, mag auch, wie es in diesen "bGen" der Fall ist, die Behörde erst befugt sein, wenn eine Mitwirkung des Bürgers vorliegt, so in der Form eines Aufnahmeantrags.²⁾

Das Ergebnis bestärkt noch das Argument, daß sich die Verträge meist nur auf einen einzelnen Regelungsgegenstand beziehen, und nicht den ganzen Menschen mit seinem wesentlichen Lebensbereich erfassen.

Da aber außerhalb der Vertragsebene³⁾ Eingriffe der Verwaltung (durch einseitig erlassene Regelungen) in die Rechtssphäre des Bürgers dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes unterliegen,⁴⁾ bedürfen sie im "bG" einer gesetzlichen Grundlage.⁵⁾ Das mit dem Eintritt in das "bG" erklärte Einverständnis mit den Maßnahmen ersetzt sie nicht. Dem öffentlichen Recht ist ein dahingehender allgemeiner Rechtssatz fremd. Der einzelne vermag nicht über Begründung und Legitimierung hoheitlicher Gewalt zu verfügen. Die heutige Verwaltungsleh-

1) sog. "Koordinationsverhältnis".

2) Man spricht hier vom "mitwirkungsbedürftigen VA".

3) vgl. Thieme aaO; Köttgen, Freiheitsschutz S. 356, wonach zurecht der Staat sich auch bei privatrechtlichem Handeln auf dieser Ebene bewege.

4) siehe Ausführungen auf S. 73 ff..

5) Auch Thieme DÖV 1956, 523 räumt ein, daß es sich im "bG" nicht um einen verwaltungsrechtlichen Vertrag handle, sondern um einen VA auf Unterwerfung. Er zieht daraus aber nicht die notwendige Konsequenz.

re steht ausnahmslos unter dem parlamentarisch demokratisch zustande gekommenen Gesetz und unter dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit ihres Handelns. Die parlamentarische Demokratie kennt nicht das antipodische Verhältnis von Staat und Gesellschaft. Das Parlament ist das alleinige politische Leitungsorgan. Ihm obliegt grundsätzlich die Aufgabe, die öffentlichen Angelegenheiten zu regeln. Arrangements zwischen Bürger und Verwaltung entbinden das Parlament nicht von dieser Pflicht. Gemäß dem Gewaltenteilungsprinzip ist der Gesetzgeber in erster Linie zuständig für die Rechtsetzung; die Exekutive nur innerhalb des ihr von ihm zugewiesenen Rahmens. Ein grundlegendes Strukturprinzip unserer Verfassung und unseres Rechtsstaates wäre demnach aus den Angeln gehoben, könnte der einzelne nach seinem Gutdünken für weite Bereiche die Exekutive zur eigenständigen Regelung ermächtigen und die Gesetzgebung von dieser Pflicht freistellen.²⁾ Denn die administrativen Normen sind Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung und als solche Ausdruck eines bestimmten verfassungsrechtlichen Kompetenzsystems. Sie richten sich nicht gegen isolierte, im freien Raum stehende Personen, sondern gegen in der Gemeinschaft lebende Staatsbürger und charakterisieren so das allgemeine Verhältnis der Exekutive zum Bürger.¹⁾ Wenn die gegenteilige Ansicht auf die Rousseau'schen Ausführungen verweist, so verkennt sie, daß auch die Rousseau'sche Lehre zwischen dem all-

1) vgl. Kempf JuS 1972, 701 ff..

2) Thieme JZ 1964, 84 führt dagegen an, daß es auch "bGe" gebe mit so geringer politischer Bedeutung, daß der Gesamtzuschnitt des Gesellschaftsbildes nicht verändert werde, so die "schlichten Anstaltsverhältnisse", wie Museum, Badeanstalt etc.. Als Grenzmaßstab zieht er Art. 59 GG entsprechend auf den Bereich der "bGe" heran.

Dagegen ist einzuwenden, daß Thieme nur solche Verhältnisse anführt, deren Einstufung als "bGe" sehr bestritten ist. Für die allgemein anerkannten "bGe" des Schülers, Beamten, Strafgefangenen und Soldaten dürfte damit eher das Gegenteil ausgesagt sein. In der Tat wäre das Gesamtgefüge unserer freiheitlich-demokratischen Grundordnung erheblich beeinträchtigt, wenn so wichtige Lebensbereiche mit solch intensiver Berührung zwischen Staat und Bürger der eigenständigen Regelungsgewalt der Exekutive ausgesetzt wären.

gemeinen und dem Einzelwillen, dem "volonté generale" und dem "volonté individuelle" differenziert, die durchaus Verschiedenes beinhalten und zueinander im Gegensatz stehen können.¹⁾ Daraus folgt als Ergebnis, daß der freiwillige Eintritt einer Person in ein "bG" die Verwaltung nicht der Pflicht enthebt, ihre Anordnungen auf eine gesetzliche Ermächtigung gemäß Art. 80 GG zu stützen. Es bestätigt sich in der Gesetzesvorbehaltssystematik bei den einzelnen Grundrechten, vorausgesetzt, sie gelten im "bG".²⁾ Ein Verzicht auf eine gesetzliche Regelung bedeutet bei Grundrechtseingriffen ein Verzicht auf den verfassungsrechtlich normierten Gesetzesvorbehalt. Dieser richtet sich an den Gesetzgeber und legt dessen Eingriffsbefugnis in das Grundrecht fest. Die Exekutive wird hierzu nicht berechtigt. Fehlt ein entsprechender Vorbehalt, ist das Grundrecht auch für den Gesetzgeber unantastbar.³⁾ Diese hier zum Ausdruck kommende Systematik, der Schutz der Grundrechte durch den und vor dem Gesetzgeber, ihre unterschiedliche Bewertung kann der einzelne nicht ändern. Das wäre aber dann der Fall, wenn er durch seine Zustimmung unmittelbar die Exekutive zu Grundrechtseingriffen autorisieren könnte. Unter dem Blickwinkel der Rechtsgleichheit der Bürger findet sich das weitere Argument, nämlich daß eigentlich nur das Gesetz als eine für alle Staatsbürger in gleicher Weise gültige Norm diese Forderung erfüllen kann. Eine individuelle Einwilligung in belastende Akte der Verwaltung bewirkt eher das Gegenteil.

Diese Darstellung zu Punkt 4 zusammenfassend, läßt sich als Ergebnis feststellen, daß nur das förmliche Gesetz eine ver-

-
- 1) Insoweit hat auch Leisner (vgl. oben S. 115) Unrecht, wenn er in der Rousseau'schen Lehre eine, wenn auch fragwürdige Bestätigung der anderen Meinung sieht. Sie stellt überhaupt keine Bestätigung dar.
 - 2) vgl. hierzu das 3. Kap..
 - 3) Dies gilt nur für den einfachen Gesetzgeber. Qualifizierte Gesetze gemäß Art. 79 Abs. 2 GG können dagegen die Verfassung, also auch die Grundrechte abändern. Die Schranke bildet Art. 79 Abs. 3 GG, die sich hinter der Schranke des Art. 79 Abs. 2 GG für den einfachen Gesetzgeber befindet. Vgl. hierzu ausführlich auch mit anderen Ansichten Maunz/Dürig, M-D-H Art. 79 Rdnr. 38 ff..

fassungsgemäße Grundlage für die Regelungen der Exekutive im "bG" bilden kann.

5. Umfang und Inhalt der Ermächtigungsgrundlage

a) Funktionsstüchtigkeit der "bGe":

Nachdem feststeht, daß im "bG" ein Gesetz erforderlich ist, stellt sich die Frage, ob hier das Legalitätsprinzip in gleichem Umfang anzuwenden ist wie im "aG", also Bindung an die engen Voraussetzungen des Art. 80 GG. Dagegen könnte das Allgemeininteresse an der Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der "bGe" sprechen, so daß letztlich doch auf einen der Rechtfertigungsgründe zur Kompetenzerweiterung der Exekutive in den "bGen", gleichgültig, ob Zweck, Natur der Sache, Gewohnheitsrecht etc., zurückgegriffen werden müßte.

Man argumentiert: In den "bGen" ergingen ständige Eingriffe in Freiheit und Eigentum des Unterworfenen; Eingriffe, die nach Art, Zahl, Zeitpunkt und Intensität weder voraussehbar noch gar vorausbestimmbar seien. Im Einzelfall müsse die Exekutive entscheiden, ob und wie sie handeln möchte. Die "bGe" bedürften daher einer elastischen Ordnung, damit die Verwaltung auf wechselnde Sachverhalte mit variablen Maßnahmen binnen kürzester Zeit reagieren könne. Wollte man ihr dieses Zugeständnis verwehren, wäre die Funktionsfähigkeit der "bGe" erheblich beeinträchtigt und die Durchführung der ihnen übertragenen Aufgaben unmöglich. Diese Tatsache bedinge eine nur eingeschränkte Anwendung des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes.¹⁾

1) vgl. Ipsen VVDStRL 15, 200 ff.; Starck ZRP 1969, 148; Winkler, Diss. S. 63, 72 f..
Vgl. auch Leisner DVBl 1960, 619: Die geforderte Regelung müßte zur Aufgabe derartiger Veranstaltungen führen. Dies würde unseren Rechtsstaatsbegriff zum Einsturz bringen und insb. sozialstaatlichen Vorstellungen widersprechen. Weber VVDStRL 15, 186 ff. spricht von einer Nivellierung ganzer Ordnungsgefüge und Institutionen. Oppermann S. 179 gibt zu Bedenken, "daß dann über große Bereiche von Verwaltungsvorschriften innerhalb einer typisch exekutiven Sphäre das Damoklesschwert der Nichtigkeit allein aufgrund ihrer formalen Entstehung hängt".

Anhand der vier klassischen "bGe", dem Beamten-, Schüler-, Soldaten- und Strafgefangenenverhältnis wird nun untersucht, ob eine strikte Anwendung des Prinzips des Vorbehalts des Gesetzes, also in gleichem Maße wie im "aG", ihre Funktionsunfähigkeit nach sich zieht. Jedenfalls sind Lästigkeiten und Schwerfälligkeiten in Kauf zu nehmen.¹⁾ Nicht als Argument dient der Hinweis auf die Österreichische Rechtsordnung, die diese Lebensverhältnisse auch regelt, ohne das Institut des "bGes" zu kennen.²⁾ Zwar ist nicht ausdrücklich vom "bG" die Rede, doch faktisch sind ihm auch die österreichischen Schüler, Beamte etc. ausgesetzt. Ebenfalls existieren hier Lebensverhältnisse, die ohne hinreichende gesetzliche Grundlage in verfassungswidriger Weise ihr Eigenleben führen.³⁾

aa) Im Strafvollzug wird der Einwand der mangelnden funktionsnotwendigen Elastizität und Flexibilität der Verwaltung schon allein durch die Existenz der DVollzO widerlegt. Wäre sie in Gesetzesform ergangen, die Bindung der Strafvollzugsbehörden an sie wäre nicht fester, ihr Handlungsspielraum nicht enger, jedoch den Voraussetzungen des Art. 80 GG Genüge getan. Das Verfahren erfordert nicht wesentlich mehr Arbeitsaufwand als die Vereinbarung durch sämtliche Landesjustizverwaltungen. Selbst wenn, es wäre ein geringes Opfer für Demokratie und Rechtsstaatlichkeit. Fehlender Einheitlichkeit und Typisierung der Tatbestände widersprechen die abstrakt-generellen Regelungen der DVollzO. Auch wenn in unserer schnelllebigen Zeit alle Vorschriften in angemessenen Zeitabständen der Überprüfung bedürfen, vermag der Gesetzgeber im Bereich des Strafvollzugs, trotz seiner vorhandenen Schwerfälligkeit, dieser Aufgabe gerecht zu werden. So schnell verändern sich die zugrunde liegenden Sachverhalte und Rechtsanschauungen nicht. Dies beweist die beachtliche Langlebigkeit der DVollzO,

1) vgl. auch Feindt DÖV 1973, 772.

2) so aber Ulmer, Diss. S. 105 Anm. 288.

3) Vgl. Ermacora DÖV 1956, 530, der feststellt, daß z.B. im Schulbereich ein großer Teil der Normen von den autonomen Organen der Schule erlassen werde oder die Daseinsvorsorgebetriebe "gesetzlose Wege" gehe.

vor mehr als 10 Jahren erlassen.¹⁾ Die Gefahr, der Gesetzgeber könnte einfach von den tatsächlichen Erfordernissen und Gegebenheiten überrollt werden, besteht demnach nicht.²⁾ Wenn weiterhin bemerkt wird, die Legislative sei wegen der Sachferne nicht in der Lage, alle Einzelheiten gesetzlich festzulegen,³⁾ so wird dies durch die Möglichkeit des Gesetzgebers entkräftet, sich auf einen gesetzlichen Rahmen gemäß Art. 80 GG beschränken zu können und der Verwaltung die Detailsregelung durch Rechtsverordnung zu überlassen. Im übrigen ist der legislatorische Gebrauch von Ermessensermächtigungen und unbestimmten Rechtsbegriffen in gleicher Weise gestattet wie im "aG".⁴⁾

- 1) vgl. Blau GA 1959, 148; früher schon Rossmy S. 239, der bereits feststellt, daß ein Gesetz keine Hemmung der Verwaltung bedeute.
- 2) Als Mittel zur Bewältigung sich verändernder konkreter Situationen steht dem Gesetzgeber auch noch das "Maßnahmegesetz" zu. Dieser neben dem klassischen Normgesetz neue Gesetzestyp bietet die Möglichkeit, auf Entwicklungen und zeitweilige Erscheinungen wirksam reagieren zu können. Vgl. hierzu ausführlich Maunz/Dürig in M-D-H Art. 20 Rdnr. 93 ff. m.w.N..
- 3) So wendet Leisner DVBl 1960, 621 ein, daß die "Normierung" hier eben nicht vom Parlament ausgehe, sondern von einer hierzu kraft Stellung und Sachkunde besonders legitimierten Instanz. Vgl. auch Köttgen VVBStRL 16, 154 ff.; Schlegl, Diss. S. 50; Wolf, Diss. S. 243 f.; Oeltze, Diss. S. 96.
- 4) Auf ihre grundsätzliche Problematik braucht nicht eingegangen zu werden, da sie dem "bG" und dem "aG" gemeinsam ist. Vgl. hierzu Schmidt-Salzer, Beurteilungsspielraum; VerwArch 60, 261 ff. mit jeweils w.N.; Forsthoff, Lehrb. S. 82 ff. m.w.N.; Rupp, Grundfragen S. 200 ff.; NJW 1969, 1273 ff.; Kellner DÖV 1969, 309 ff.; DÖV 1972, 801 ff.; Csermak DÖV 1966, 750 ff.; Krüger DÖV 1958, 673 ff.; Friauf JuS 1962, 422 ff.; Bachof JZ 1972, 641 ff.; Meder DVBl 1970, 857 f.; Stern, Ermessen S. 1 ff.; Müller DÖV 1969, 119 ff.; Ossenbühl DÖV 1968, 618 ff.; BVerfGE 21, 73 ff. (79); 21, 245 ff. (261); 27, 1 ff. (8).
Ein Teil der Lit. will zwar grundsätzlich das Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes anwenden, doch sei der Verwaltung im "bG" weite, generalklauselartige Ermächtigungen und Ermessensspielräume über Art. 80 GG hinaus einzuräumen. Vgl. Evers, Gewaltverh. S. 11; Heckel-Seipp S. 365 f.; Bettermann VVBStRL 15, 214 ff.; Csermak NJW 1964, 939; Zimmermann VerwArch 62, 48 ff.; Paetzold, Diss. S. 79 ff. m.w.N..

Zurecht bezeichnet Paetzold, Diss. S. 79 dies als Hintertürlösung, in der die alte Lehre vom "bG" wiederkehre. Letztlich schließt er sich ihr aber an, wenn er für das Betriebsverhältnis solche Generalklauseln genügen läßt.

bb) Für das Beamten- und Wehrdienstverhältnis, die bereits weitgehend gesetzlich normiert sind,¹⁾ findet sich die Bestätigung einer umfassenden Normierbarkeit in den noch existierenden Verwaltungsvorschriften als abstrakt-generelle Regelungen, wie Dienstordnung, Ausbildungs- und Prüfungsordnung. Teilweise wird eingewandt, der personale, auf Autorität gegründete Charakter dieser Verhältnisse verbiete eine gesetzliche Regelung, da diese notwendigerweise zur Entpersönlichung und Schematisierung führe.²⁾ Danach ist ein persönliches Treueband zwischen Gewaltherr und Gewaltunterworfenem notwendiger Bestandteil dieser Lebensordnungen. Mit der Wandlung der Gewaltverhältnisse in Rechtsverhältnisse, des absolutistischen und konstitutionellen Staates in einen demokratisch-republikanischen Rechtsstaat, ist jedoch ihre personale Prägung verloren gegangen,³⁾ so daß das Argument ins Leere stößt.

cc) Im Schulverhältnis genügt der Verweis auf die Schulordnungen und sonstigen ministeriellen Erlasse, die ebenso in

1) so die Beamten- und Wehrgesetze. Paetzold, Diss. S. 81 sieht in § 55 BGG (§ 37 BRGG) und in § 11 Abs. 1 SoldatenG eine Bestätigung des Gesetzgebers, daß im Gegensatz zum "aG" im "bG" nur mit solchen, an sich unzulässigen, weiten Generalklauseln auszukommen sei.

§ 55 BGG: "Der Beamte hat seine Vorgesetzten zu beraten und zu unterstützen. Er ist verpflichtet, die von ihnen erlassenen Anordnungen auszuführen und ihre allgemeinen Richtlinien zu befolgen, sofern ...".

§ 11 Abs. 1 SoldatG: "Der Soldat muß seinen Vorgesetzten gehorchen. Er hat ihre Befehle nach besten Kräften vollständig, gewissenhaft und unverzüglich auszuführen. Ungehorsam liegt nicht vor ...".

Paetzolds Annahme geht hier fehl. Diese beiden gesetzlichen Regelungen treffen keine Aussage über die Voraussetzungen zum Erlaß der administrativen Regelungen, ob als Rechtsverordnung gemäß Art. 80 GG oder als Verwaltungsvorschrift aufgrund eigener Kompetenz. Vielmehr normieren sie nur die Gehorsampflicht für diese "bGe". Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes wird dadurch gegenüber dem "aG" nicht eingeschränkt, da hier eine entsprechende Regelung völlig fehlt und dennoch die Gehorsampflicht besteht.

2) so Krüger VVDStRL 15, 128; Allg. Staatslehre S. 837.

3) siehe ausführlich S. 171 ff. der Arbeit.

Gesetzesform oder als Rechtsverordnungen gemäß Art. 80 GG hätten erlassen werden können. Die Bewegungsfreiheit der Schulbehörden wäre nicht mehr eingeschränkt. Wenn Paetzold dagegen anführt, nur der Lehrer selbst könne aufgrund seiner Erfahrung "an Ort und Stelle" gemäß den ständig wechselnden Situationen sachgerecht entscheiden, Normen vermögen solches nicht vorzuprogrammieren,¹⁾ so verkennt er, daß auch eine normative Regelung Ermessensermächtigungen und unbestimmte Rechtsbegriffe beinhalten kann und so durch ihre Ausfüllung der Administration ausreichend Handlungsspielraum beläßt.²⁾

Zusammenfassend bedeutet dies, daß alle vier "bGe" der verfassungsrechtlich gebotenen gesetzlichen Normierung zugänglich sind. Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes ist demnach im "bG" in gleichem Umfang anzuwenden wie im "aG".

b) Übergangslösung:

Da die weiten Bereiche der "bGe" vorwiegend durch Verwaltungsverordnungen, ohne ausreichende gesetzliche Grundlage, geregelt sind, wäre die Folge, daß hier die Exekutive viele unerläßliche Maßnahmen nicht mehr treffen könnte, bereits erlassene rechtswidrig und anfechtbar wären - ein untragbares Ergebnis, das eine erhebliche Blockierung der Staatstätigkeit und somit chaotische Verhältnisse nach sich ziehen würde.³⁾ Dieses Ergebnis vermeidet man dadurch, daß man für eine bestimmte Zeit ein Übergangsrecht mit dem Inhalt gelten läßt, daß die Exekutive im "bG" auch ohne spezifizierte gesetzliche Grundlage Regelungen erlassen kann.⁴⁾ Inzwischen kann

1) Diss. S. 78; vgl. auch Starck ZRP 1969, 148.

2) so z.B. die Verwendung des Begriffes "Störung des Unterrichts", wobei die Subsumtion des Sachverhalts dem einzelnen Lehrer überlassen bleibt oder Ermessen in der Anwendung von Disziplinar Mitteln. Ähnlich auch das Polizeirecht im "aG" (vgl. PAG) mit seinem beschränkten Enumerativprinzip.

3) vgl. Paetzold, Diss. S. 91 m.w.N..

4) vgl. hierzu Jesch, Gesetz S. 234 ff.; Lang, Diss. S. 90; Paetzold, Diss. S. 90 ff. m.w.N.; BVerfGE 4, 157 ff. (169); 9, 63 ff. (71 f.); NJW 1972, 811 ff. (812) ausführ-

der Gesetzgeber seiner verfassungsrechtlichen Pflicht nachkommen, die "bGe" dem Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes anzupassen. Diese "vorübergehende Milderung des Erfordernisses legislativer Ermächtigungen"¹⁾ findet seine Rechtfertigung im Grundsatz der Kontinuität,²⁾ der, gestützt auf Art. 123 GG, zum Ausdruck bringt, daß jede Rechtsordnung, auch das Grundgesetz, auf einer früheren aufbaut und sie weiterentwickelt. So stellt die gegenwärtige Verfassung kein Normensystem mit für immer festgefügtem Inhalt dar. Vielmehr unterliegen ihre Prinzipien der Interpretation, ausgerichtet an der herrschenden Rechtsanschauung. Maßgebend ist nicht der damalige subjektive Wille des Verfassungsgebers³⁾, sondern der "objektivierte" Wille⁴⁾. Das bedeutet, daß frühere, allgemein anerkannte Auffassungen und Auslegungen von Verfassungsgrundsätzen bereits überholt sein können. Bahnt sich demnach allmählich eine Änderung des allgemeinen Rechtsempfindens an, setzt sich diese schließlich durch und bewirkt eine Inhaltsveränderung verfassungsrechtlicher Prinzipien,⁵⁾ so folgt daraus nicht ad hoc die Nichtigkeit aller jetzt entgegenstehenden Normen und Rechtsinstitute. Vielmehr besitzen sie noch Gültigkeit für eine angemessene Zeitspanne, die dem Gesetzgeber die Möglichkeit eröffnet, seine

lich zum Strafvollzugsverhältnis; dazu auch Müller-Dietz NJW 1972, 1162 ff.; Rupprecht NJW 1972, 1345 ff.; Starck JZ 1972, 361 f.; Kempf JuS 1972, 705 f..

Generell gegen diese Lösung: Rupp, Grundfragen S. 78 f.; VVDStRL 23, 274 ff.; Fuß VVDStRL 23, 214 f.; vgl. zu dieser Meinung auch Paetzold, Diss. S. 92 Fußn. 1.

- 1) so Jesch S. 235; vgl. auch Rupp, Grundfragen S. 127.
- 2) vgl. hierzu ausführlich Jesch, Gesetz S. 234 ff.; Paetzold, Diss. S. 90; Krüger ZBR 1954, 34 ff.; Jerusalem NJW 1954, 980 ff.; Thoma, Polizeibefehl S. 105 ff. (112) schon ähnlich beim Übergang von der absoluten zur konstitutionellen Monarchie.
- 3) Diese sog. historische Auslegung wirkt allenfalls indizierend für eine bestimmte Ansicht.
- 4) sog. objektive Auslegung, die auf die Zweckfunktion der Norm im jeweiligen Zeitgeschehen abstellt.
- 5) so die Entwicklung der Geltung des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes im "bG"; vgl. hierzu BVerfG NJW 1972, 811 ff. (812).

Gesetze entsprechend dem veränderten Verfassungsmaßstab umzugestalten. In Art. 6 Abs. 5 GG bekennt sich der Verfassungsgeber ausdrücklich zu dieser Grundhaltung. Die Fristbestimmung obliegt den Gerichten.¹⁾

Ergebnis:

Die Ausführungen des 2. Kapitels zeigen, daß, abgesehen von einer Übergangsregelung, das "bG" gegenüber dem "aG" hinsichtlich der Geltung des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes keinen, seine Eigenständigkeit rechtfertigenden, Unterschied aufweist. Das Bonner Grundgesetz mit seinen Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit, Sozialstaatlichkeit und der Demokratie verlangt nicht nur eine vollständige rechtliche Normierung des "bGes", sondern darüber hinaus eine Normierung durch formelle Gesetze entsprechend den Anforderungen des Art. 80 GG. Eine originäre Rechtsetzungsbefugnis der Exekutive im "bG" ist grundgesetzwidrig. Die verschiedenen Konstruktionen einer Ermächtigungsgrundlage über Hausrecht, Anstaltspolizei, verfassungsrechtliche Institutionalisierung, Einwilligung etc. bieten keinen gleichwertigen Ersatz für ein formelles Gesetz gemäß Art. 80 GG. Sie sind auch nicht aus Gründen des öffentlichen Wohls, der Funktionsfähigkeit der "bGe", zwingend geboten.

3. K a p i t e l

Dieses Kapitel befaßt sich mit der Grundrechtsgeltung im "bG". Neben der Nichtgeltung des Vorbehaltsprinzips ist nach herkömmlicher Meinung auch die mangelnde oder eingeschränkte Grundrechtsgeltung einer der tragenden Pfeiler des Rechtsinstituts des "bGes".²⁾ Die Frage daher: Läßt sich aus grundrechtlicher Sicht die Eigenständigkeit des "bGes" gegenüber

1) vgl. Jesch, Gesetz S. 236; Krüger ZBR 1954, 35 f..

2) siehe auch oben S. 8.

dem "aG" begründen.

G . Die Grundrechte* im " b G "

1. Geschichtliche Entwicklung der Grundrechte

In der Antike und zur Römerzeit waren persönliche, unangreifbare Individualrechte gegenüber dem Staat noch weitgehend unbekannt.¹⁾ Erst in der Zeit des Absolutismus wurden die Grundrechte in ihrer heutigen Fassung im wesentlichen herausgebildet. Die gesamte Staatsgewalt lag damals in der Hand des absoluten Fürsten. Staatsgebiet und Staatsvolk waren lediglich Objekte seiner Herrschaftsmacht;²⁾ die Folge, ein erdrückendes Übergewicht des Staates über das Individuum.³⁾ Es galt nun, den einzelnen vor dem allmächtigen Staat zu schützen. Dem Staat sollten Schranken für Eingriffe in das Eigenleben der Menschen gesetzt und dadurch dem Individuum eine gewisse "staatsfreie" Sphäre gesichert werden. Diesen Bereich durfte der Staat nicht antasten. Die Begründung fand man in der Erkenntnis, daß der menschlichen Persönlichkeit Rechte zustehen, die auch vom Staat respektiert und gegenüber ihm geltend gemacht werden können.⁴⁾ Im Laufe der Entwicklung erkannten die einzelnen Staaten die geforderten Rechte an.⁵⁾ Sie wurden als vom Staat unabhängige Rechte in

-
- 1) ausgenommen gewisse persönliche, nicht vom Staat abgeleitete Rechte im römischen Familienrecht, die von ihm geachtet wurden, so die potestas patria = Herrschergewalt des Familienvaters.
 - 2) vgl. die Worte v. Ludwig XIV.: "L'état c'est moi."
 - 3) Dies hatte sich z.B. in dem Satz "cuius regio, eius religio" niedergeschlagen.
 - 4) Diese Idee geht auf die christliche Naturrechtslehre zurück (Augustinus).
 - 5) Erste Ansätze einzelner Kodifikationen der Freiheitsrechte erfolgten in England bereits in der Magna Charta Libertatum v. 12. 7. 1215 und in der Petition of Rights v. 1627, jedoch unter Beschränkung dieser Rechte auf die geistlichen und weltlichen Feudalherren. Grundrechtsähnliche Individualrechte dann für jedermann, z.B. Freiheit vor willkürlicher Verhaftung, in der Habeas Corpus Akte

die Verfassung aufgenommen.¹⁾ Als Naturrecht leiteten sie ihren Ursprung und ihre Gültigkeit nicht von ihm ab. Später wurden die Grundrechte integrierender Bestandteil des staatlichen Rechts. Sie galten von der Verfassung gewährt und verloren dadurch ihren naturrechtlichen Charakter.²⁾

v. 1679; Erweiterung dieser Rechte durch die Bill and Declaration of Rights and Liberties of Subjects v. 1689.

Zur Entstehung und Entwicklung der Grundrechte vgl. allgemein Kriele M. ("Zur Geschichte der Grund- und Menschenrechte"), in Scupin-F., Berlin 1973, S. 187 ff.; Dennewitz Bd. 1 - 4; Eckhardt; Hartung, Entwicklung; Hildebrandt; Kipp; Kraft; Laun; Muth; Oestreich; Planitz; Ritter; Sallander; Voigt.

- 1) so die ersten Verfassungen Ende des 18. Jh., die sich zu den vorstaatlichen Rechten bekannten:
Nordamerika: Bill of Rights von Virginia v. 12. 6. 1776
 Art. 1: "Alle Menschen sind von Natur aus gleich frei und unabhängig und besitzen bestimmte angeborene Rechte, die sie ihrer Nachkommenschaft durch keinen Vertrag rauben oder entziehen können, wenn sie eine staatliche Verbindung eingehen; nämlich das Recht auf den Genuß des Lebens etc." Vgl. Koellreutter StR S. 49.
Unabhängigkeitserklärung v. 4. 7. 1776: "Wir erachten diese Wahrheiten als unzweifelhaft: daß alle Menschen gleich geschaffen sind, daß sie vom Schöpfer mit gewissen unveräußerlichen Rechten begabt sind, so mit Leben, Freiheit" Vgl. Mangoldt-Klein S. 94.
Frankreich: Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen v. 26. 8. 1789 Art. 1: "Die Menschen werden frei und gleich geboren und bleiben es"
 Art. 2: "Der Endzweck aller politischen Vereinigung ist die Erhaltung der natürlichen und unabdingbaren Menschenrechte"
Deutschland: Paulskirchenverfassung v. 28. 3. 1849 Art. 130: "Dem deutschen Volke sollen die nachstehenden Grundrechte gewährleistet sein. Sie sollen den Verfassungen der deutschen Einzelstaaten zur Norm dienen, und keine Verfassung oder Gesetzgebung eines deutschen Einzelstaates soll dieselben je aufheben oder beschränken können." Vgl. Hildebrandt S. 19 f.; Voigt S. 203.
- 2) So bekannten sich die späteren Verfassungen in der 2. Hälfte des 19. Jh. und zu Beginn des 20. Jh. zu den staatsgesetzlich begründeten Grundrechten. Vgl. Hamel S. 10, der anführt, daß die Vorstellung vom vorstaatlichen Wert der Grundrechte im 19. Jh. schwinde. Vgl. auch Giese S. 1 ff.. Weder in der Verfassung des Norddeutschen Bundes v. 16. 4. 1867 noch in der deutschen Reichsverfassung v. 16. 4. 1871 waren Grundrechte enthalten. Sie waren jedoch in besonderen Reichsgesetzen (so Freizügigkeitsrecht in den Staatsangehörigkeitsgesetzen v. 1870 und 1913; Gewerbefreiheit in der GewO v. 1869; Pressefreiheit im Reichspresse-

Damit unterlagen sie der Verfügung durch die Staatsgewalt. Ihren Schutz übertrug man dem Parlament. Entsprechend dem Montesquieu'schen Grundsatz der Gewaltenteilung sah man hierin die beste Garantie für die Respektierung der Freiheit des einzelnen. Dies führte schließlich dazu, daß in der Weimarer Verfassung die Grundrechte mit dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes identifiziert wurden. Nach fast einhelliger Meinung¹⁾ konnte in sie, trotz der Formulierung des Reichsgerichts, die Grundrechte in der Verfassung seien "das Heiligtum des deutschen Volkes"²⁾, jederzeit durch einfaches Gesetz eingegriffen werden. Sie liefen damit praktisch leer, da sie nicht mehr besagten als nach dem damals schon geltenden Legalitätsprinzip der Verwaltung ohnehin Rechtens war.³⁾

Im Dritten Reich schließlich wurden als Folge der Geringschätzung der menschlichen Persönlichkeit die Grundrechte restlos beseitigt.

Unter diesem negativen Eindruck wurden die Menschenrechte als grundlegender Teil der Grundrechte in Art. 1 Abs. 2 GG als überstaatliche Rechte in das Bonner Grundgesetz aufgenommen, um dadurch ähnlichen Ausschreitungen der Staatsgewalt wie vor 1945 vorzubeugen.⁴⁾ Damit gewährt nicht das Grundgesetz konstitutiv diese Rechte, sondern es gewährleistet sie lediglich als vorgegeben.⁵⁾

gesetz v. 1874 etc.) und in den meisten einzelstaatlichen Verfassungen gewährleistet und dadurch originär gewährt. Vgl. Mangoldt-Klein S. 93; Giese S. 132. Vorstaatlichen Charakter hatten auch nicht die Grundrechte in der Weimarer Verfassung v. 11. 8. 1919. Vgl. Thoma HbDDStR II S. 619.

- 1) vgl. Anschütz, Verfassung zu Art. 76 Nr. 1: Die Grundrechte, die nicht über der Legislative, sondern zu deren Disposition stünden, bildeten damit für den Gesetzgeber keine Schranken. Vgl. auch Wolf, Diss. S. 38; Köhl, Diss. S. 93; Schmitt HbDDStR II S. 572 ff.; Krüger, Kartell S. 12.
- 2) RGZ 102, 161 ff. (165).
- 3) vgl. oben S. 42/43.
- 4) vgl. Hartung, Verfassungsgeschichte S. 374; Frank S. 101; Über S. 22.
- 5) vgl. Dürig M-D-H Art. 1 Abs. 2 Rdnr. 73.

2. Grundrechtsgeltung im allgemeinen

Gemäß Art. 1 Abs. 3 GG binden die Grundrechte Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung als "unmittelbar geltendes Recht". Sie beinhalten nicht nur bloße Programmsätze, unverbindliche Richtlinien für die Staatsgewalt, sondern stellen subjektive Rechte des einzelnen gegenüber dem Staat¹⁾ dar. Was hier unstreitig im allgemeinen Staat-Bürger-Verhältnis gilt, ist für den Bereich des "bGes" zum Teil noch umstritten.

3. Generelle Geltung der Grundrechte im "bG"

Der Überblick über Literatur und Rechtsprechung zum "bG" zeigt allerdings, daß die Lehre vom völligen Grundrechtsausschluß im "bG" heute fast einhellig abgelehnt wird.²⁾ Schon in der Weimarer Republik wurde diese überkommene Lehre in Zweifel gezogen. Zwei Auffassungen unterschieden sich damals. Die eine ging davon aus, daß die in der Weimarer Verfassung verankerten Grundrechte grundsätzlich nur im "aG" und nur in Ausnahmefällen auch innerhalb der "bGe" ihre Wirkung entfalten konnten.³⁾ Die andere Meinung nahm an, daß

1) Die Geltung gegenüber Privaten interessiert hier nicht. Vgl. dazu Dürig M-D-H Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 96.

2) vgl. statt vieler Krüger NJW 1953, 1372; RechtsVO S. 231; Böttcher, Diss. S. 91; Sasse, Diss. S. 69/70; Perwo ZBR 1956, 112; Fischbach DVBl 1951, 100; Jüsgen DÖV 1951, 475; Kalisch AöR 78, 344 ff.; Jäckel S. 79; Koellreutter StR S. 113/114; Mangoldt-Klein S. 113 ff.; Hamann-Lenz S. 67 ff.; Köhl, Diss. S. 94; Schüler-Springorum S. 39 ff.; Leisner DVBl 1960, 622; Lerche, Grundrechte IV 1 S. 449; Martens, Wehrverfassung S. 27; Schick ZBR 1963, 67; Thieme, HochschulR S. 51; BVerfG JZ 1958, 119 ff.; OVG Hamburg DVBl 1953, 506 ff. (510 f.).

dagegen aber noch Friesenhahn DV 1949, 481; Wacke AöR 76, 385 ff.. Vgl. auch Kaufmann, Rechtsgutachten S. 61 ff., wenn er meint, daß die Grundrechte nur den allgemeinen Status des Bürgers regeln, daß dagegen die besonderen Rechtsverhältnisse, in denen sich die Individuen befänden, wie Beamtenverhältnis, Militärverhältnis etc., von ihnen nicht berührt würden. Ähnlich wohl auch Kratzer, Laforet-F. S. 120.

3) Vgl. Thoma, Nipperdey I S. 1 ff., der ausführt, daß alle Grundrechte im Zweifel nur auf das "aG" gemünzt seien; in-

auch im "bG" die Grundrechte grundsätzlich gelten müßten, daß sich aber gewisse durch die Natur der "bGe" bedingte Einschränkungen ergäben.¹⁾ Wenn die erste Meinung die Grund-

nerhalb "bGe" gälten sie nur, wenn dies aus dem Wortlaut oder Sinn der Verfassung oder aus der Natur der Sache sich ergäbe. Er verweist auf die ausdrückliche Vorschrift des Art. 130 Abs. 2 WRV i.V. mit Art. 124, 118 WRV als Ausnahme, wonach die Verfassung dem Beamten ausdrücklich die Freiheit der politischen Gesinnung und die Vereinigungsfreiheit gewährleiste. Dies seien lediglich "polizeibegrenzende" Grundrechte und gälten als solche nur gegenüber der Polizei, nicht aber innerhalb "bGe", da die Polizei stets eine Erscheinung des "aGes" sei. (Thoma teilt die Grundrechte in generelle und spezielle Grundrechte ein. Erstere richteten sich gegen jede Art öffentlicher Gewalt, letztere nur gegen einen bestimmten Sektor der obrigkeitlichen Gewalt. Zur letzteren Gruppe zählt er diejenigen Grundrechte, die angeblich nur gegen die Polizeigewalt gerichtet seien, die sog. "polizeibegrenzenden Grundrechte".) Vgl. auch Polizeibefehl S. 17 ff.; zust. im Ergebnis Jacobi VerWOen S. 256.

Ähnlich Köttgen, UniR S. 124: Für die klassischen Grundrechte sei es durchaus richtig, wenn im Zweifel angenommen werde, sie gälten nicht im "bG", da es sich hier um Bürgerrechte handele. Dies beziehe sich aber nur auf die liberalen Freiheitsrechte, nicht auf institutionelle Garantien, wie z.B. Lehrfreiheit, Art. 142 WRV. Vgl. auch Fenge, Diss. S. 37, wonach nur unter besonderen Umständen die Grundrechte auch in das "bG" hineinragten.

- 1) Damals die herrschende Meinung. Vgl. Anschütz, Verfassung S. 517 f.: Die Grundrechte gälten zwar innerhalb des "bGes", jedoch mit bestimmten sich aus dem jeweiligen "bG" ergebenden mehr oder weniger umfangreichen Beschränkungen. S. 603 f.: Der Beamte habe sich "auch außerhalb des Amtes, bei Betätigung der ihm als Mensch und Bürger zustehenden Rechte ... diejenige Mäßigung aufzuerlegen, welche durch seine Stellung als Organ der Gesamtheit bedingt ist ... Die Freiheitsrechte des Beamten sind nach wie vor durch jene Pflichten eingeschränkt, nicht umgekehrt." Ähnlich Fleiner, Inst. (8) S. 165 f.: "Der besondere öffentliche Zweck, dem jedes "bG" dient, zieht für den Eintretenden von selbst gewisse Beschränkungen seiner persönlichen und staatsbürgerlichen Rechte nach sich. Der einzelne muß sich diese Verringerungen seiner Freiheitsphäre gefallen lassen. Aber sie dürfen nie über das Maß dessen hinausgehen, was die im öffentlichen Gewaltverhältnis verkörperte Aufgabe verlangt. Wo die Grenze liegt, ist von Fall zu Fall zu bestimmen."

Vgl. auch Hatschek S. 169; Jellinek VerwR S. 206; Freudenberger, Beiträge S. 193 f.; Schmitt, Verfassungslehre S. 181 ff.; Gerber, Grundzüge S. 116; Seydel S. 394; Schulze Lb S. 327 f.; Pötzel Lb S. 487, die ihre Ansicht vor allem mit Art. 133 WRV begründen. Er besagte für das "bG"

rechtsgeltung generell im "bG" verneinte, so war dies für die damalige Zeit noch verständlich. In der konstitutionellen Monarchie sah man in den "bGen" rechtsfreie Räume. Folgerichtig waren die Grundrechte als geltende Rechtsregelungen ausgeschlossen.¹⁾ Nach damals durchaus gängiger Meinung hat die Weimarer Verfassung diesen Zustand nicht aufgehoben. Bestärkt wird dieses Ergebnis durch die in der Weimarer Republik vorherrschende Ansicht, die Grundrechte seien eine spezielle Ausgestaltung des geltenden Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes. Da das "bG" als Raum ohne Geltung dieses Prinzips qualifiziert wurde, konnten zwangsläufig auch die Grundrechte in diesem Bereich nicht gelten. Selbst wenn man, wie damals teilweise vertreten, in den Grundrechten lediglich Richtlinien für die künftige Gesetzgebung erblickte, wirkten die Grundrechte nicht im "bG", da dieses nicht die Gesetzgebung, sondern die Exekutive regelte.

Spätestens nach Inkrafttreten des Grundgesetzes kann aber an der grundsätzlichen Grundrechtsgeltung im "bG" nicht mehr gezweifelt werden. Die Rechtsfähigkeit der "bGe" hat sich in eine Rechtserfülltheit gewandelt.²⁾ Damit ist den Grundrechten als Normen des Rechts dieser Bereich nicht mehr versperret. Vielmehr entfällt gerade mit der Qualifizierung der "bGe" als rechtlich geregelte und vom Recht beherrschte Beziehungen der ursprünglich dogmatische Grund für eine Freistellung der Staatsgewalt von der Grundrechtsbindung in den "bGen".

Zieht man den Wortlaut der einzelnen Grundrechtsbestimmungen im Grundgesetz³⁾ heran, so beinhaltet er keine Ausnahme für

des Wehrverhältnisses, daß die Wehrpflicht sich nach den Vorschriften des Reichswehrgesetzes richtet und daß dieses auch bestimme, wie weit für Angehörige der Wehrmacht zur Erfüllung ihrer Aufgaben und zur Erhaltung der Manneszucht einzelne Grundrechte einzuschränken seien. Daraus folgten diese Autoren, daß die meisten unter Gesetzesvorbehalt stehenden Grundrechte ihre Geltung grundsätzlich auch im "bG" beibehielten.

1) siehe oben S. 43 ff..

2) vgl. oben S. 60 ff..

3) z.B. Art. 2 Abs. 2 Satz 1: Jeder hat das Recht ... ; Art. 4 Abs. 3 Satz 1: Niemand darf ... ; Art. 12 Abs. 1 Satz 1: Alle Deutschen haben

das "bG". Sie schützen alle Personen in all ihren Beziehungen zum Hoheitsträger. Weder bestimmte Personenkreise noch Tätigkeitsbereiche sind davon ausgenommen.

Bekräftigt wird dies durch die Fassung des Art. 1 Abs. 3 GG. Danach binden die Grundrechte "Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung", also die öffentliche Gewalt in allen ihren Erscheinungsformen, einschließlich der Exekutivgewalt des "bGes". Mit dem Verfassungsänderungsgesetz v. 19. 3. 1956 (BGBl I S. 111), worin der ursprüngliche Art. 1 Abs. 3 GG dahingehend abgeändert wurde, daß an die Stelle des Wortes "Verwaltung" die Worte "vollziehende Gewalt" traten, bekannte sich der Verfassungsgeber zu der Auffassung, daß die Grundrechte gegen jegliche Staatsgewalt gerichtet sind.¹⁾ Zwar würde eine Grundrechtsbindung der Staatsgewalt schon allein aus der ranghöheren Geltungskraft der Verfassung²⁾ und ihrem Rahmencharakter für die gesamte Rechtsordnung folgen, doch sollte Art. 1 Abs. 3 GG mit seinem ausdrücklichen Postulat der Grundrechtsbindung auch für den Gesetzgeber als unmittelbar geltendes Recht einer Grundrechtsinterpretation wie in der Weimarer Verfassung als bloße Präzisierung des Prinzips des Vorbehalts des Gesetzes³⁾ vorbeugen. Wenn aber den Grundrechten damit eine derart starke Bedeutung zukommt, daß

1) siehe auch oben S. 67 Fußn. 1.

Vgl. auch Münch JZ 1958, 73 für das Strafvollzugsverhältnis. Hiernach sei gemäß Art. 1 Abs. 3 GG jeder Zwang der Staatsgewalt an die Grundrechte gebunden, so auch die vollziehende Gewalt. Zur ihr gehöre aber auch die mittelbare Verwaltung, wo Träger öffentlicher Gewalt zur Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Interessen tätig werden. Da die "bGe" Teil der mittelbaren Verwaltung seien, gehörten sie auch zur vollziehenden Gewalt und seien damit von Art. 1 Abs. 3 GG erfaßt. Vgl. auch Thieme, HochschulR S. 51 für die Anstalten; ähnlich BVerfG JZ 1958, 119 ff. (120 ff.).

A.A. Ule, Öffentl. Dienst S. 616; Wertenbruch, Grundgesetz S. 64; vgl. hierzu auch Ullmann, Diss. S. 42 Fußn. 2. Nach ihnen gilt Art. 1 Abs. 3 GG zu Unrecht nur für den Bereich des "aGes". Wertenbruch aaO schließt dies fälschlich aus Art. 17a GG, der Grundrechtseinschränkungen für die Bundeswehr ermögliche.

2) "Norm der Normen".

3) vgl. oben S. 131.

der Gesetzgeber selbst sie nur erschwert einschränken kann,¹⁾ so kann der Exekutive in den "bGen" nicht ein Raum zugebilligt werden, in dem sie die Grundrechte ohne formelles Gesetz und ohne Bindung an Schranken wie Art. 19 Abs. 2 GG einschränken darf. Rechtsstaatlich untragbar wäre die Gefahr, daß die Verwaltung ihre Tätigkeit immer mehr in "bGe" verlagern und sich so weitgehend der Grundrechtsbindung entziehen würde.²⁾

Das Ergebnis untermauert das Prinzip von der Einheit der Staatsgewalt. Die Grundrechte richten sich gegen die obrigkeitliche Gewalt. Diese aber ist unteilbar. Im Gegensatz zum dualistischen System des ständischen Staates ist in unserer Verfassungsordnung Träger der Staatsgewalt nur der Staat und nur eine gesellschaftliche Macht im Staat.³⁾ Dieser Gedanke von der Unteilbarkeit der Staatsgewalt zwingt zu der Erkenntnis, daß die Gewalt des "bGes" identisch mit der des "aGes" ist. Die Lehre, die das "bG" praktisch als selbständiges, außerhalb der Verfassung stehendes Rechtsinstitut betrachtet und folglich der Exekutive eine "besondere" Gewalt zugesteht,⁴⁾ widerspricht damit einem Grundprinzip unserer rechtsstaatlichen Demokratie. Das bedeutet, daß die

1) Krüger, Gutachten S. 18 verweist darauf, daß die Grundrechte durch Art. 1 Abs. 3 GG eine "Aufwertung" gegenüber der WRV erfahren hätten. Vgl. auch BGHZ 270 ff. (275).

2) vgl. hierzu die Ausführungen oben S. 78.

3) Die Frage der Unteilbarkeit der Staatsgewalt darf aber nicht verwechselt werden mit der Frage, welche Organe die Macht ausüben.

4) Diese Auffassung geht auf Krüger VVDStRL 15, 130 ff. zurück, der im "bG" ein Reservat ursprünglicher, unverfaßter Staatsgewalt sah. Siehe oben S. 19 Fußn. 1. Daraus folgte, daß der Gewaltberechtigte weder durch Verfassung noch durch Gesetze in seiner Gewalt beschränkt wurde. Der Gewaltunterworfenen war ein Bürger in einem Staat ohne Verfassung im materiellen Sinne gleichgestellt. Vgl. auch Krüger NJW 1953, 1372; OVG Rhld.-Pf. DVBl 1955, 158 ff..

Dem widerspricht, daß der Staat heute nur die Macht hat, die ihm die Verfassung überträgt; eine darüber hinausgehende "unverfaßte" Gewalt steht ihm nicht zu. Die Verfassung beschränkt aber die staatliche Gewalt durch Art. 1 Abs. 1 und Abs. 3 GG. Siehe auch oben S. 62 und S. 75/76 der Arbeit.

einzelnen Träger der Staatsgewalt, gleichgültig, ob im Bereich des "aGes" oder des "bGes", eine größere Macht und weitergehende Freiheit innehaben können als der Staat selbst.¹⁾ Der Staat ist jedoch gemäß Art. 1 Abs. 3, 79 Abs. 3 GG²⁾ an die Grundrechte gebunden.

Wenn man zudem bedenkt, daß die "bGe" Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung sind, die auch in Form von Gesetzen, Rechtsverordnungen etc. in diesen Bereichen Geltung erlangt, erscheint es zwingend, daß hier die Grundrechte als das Fundament der Rechtsordnung gelten müssen.

Als weiteres Argument für eine generelle Geltung der Grundrechte im "bG" dient ihr Zweck. Sie sollen den einzelnen vor der Allmacht des Staates schützen, indem sie ihm eine genau umrissene Freiheitssphäre garantieren. Insoweit blieb die ihnen bei ihrer Schaffung zugedachte Abwehrfunktion³⁾ bis heute erhalten. Diese Schutzbedürftigkeit des einzelnen besteht aber erst recht innerhalb des "bGes". Die verschärfte Abhängigkeit bedingt mehr und weitergehende Eingriffe des Staates in die individuelle Freiheitssphäre, als es im "aG" der Fall ist. Die Grundrechtsgeltung verneinen, hieße, den einzelnen faktisch einer schrankenlosen Staatsgewalt auszusetzen - ein rechtsstaatlich untragbares Ergebnis, gerade in Anbetracht der Gefahr der Ausweitung der "bGe" durch die Exekutive.⁴⁾

Für diese Lösung spricht auch der in den Grundrechten verkörperte "materielle Menschenrechtsgehalt"⁵⁾. Die Grundrechte entspringen, soweit sie Menschenrechte beinhalten, der

1) "Nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet." Vgl. hierzu Redeker JZ 1954, 626; Ulmer, Diss. S. 16; Wolf, Diss. S. 40.

2) Man spricht hier von einer "Ewigkeitsentscheidung".

3) siehe oben S. 126.

4) siehe vorhergehende Seite. Vgl. auch Böttcher, Diss. S. 51 Fußn. 7: Aus dem Sinn und der Entstehungsgeschichte der Grundrechte ergebe sich nichts, was dafür sprechen würde, daß das Grundgesetz den Staat an diesem wichtigen Punkt staatlicher Machtentfaltung ("bG") von der Bindung der Grundrechte freistellen wollte.

5) so Dürig Art. 1 Abs. 2 Rdnr. 80.

allgemeinen Menschenwürde, sind dem menschlichen Wesen seiner sittlichen Bestimmung wegen inhärent. Ihr Ursprung liegt in der Person "Mensch", nicht in dem Verhältnis Staat-Individuum. Davon sind sie in ihrem Bestand ebenso unabhängig wie der Mensch selbst. Jene Grundrechte, die keine Menschenrechte darstellen,¹⁾ wurzeln zwar nicht ganz, jedoch zu einem bestimmten Gehalt im überpositiven Recht, nämlich insoweit, als der Rechtswert der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) tangiert wird.²⁾ Der Staat vermag daher nicht, in weiten Bereichen die Grundrechte einem Individuum generell abzusprechen. Auch im "bG" bleibt es Subjekt und damit Grundrechtsträger; denn wo immer der Staat einer Person mit Hoheitsgewalt gegenübertritt, erfaßt er sie als selbstständiges Rechtssubjekt, also als Träger von Grundrechten.³⁾

Zuletzt wird noch auf Art. 17a GG als modernster Beweis für eine Grundrechtsgeltung im "bG" verwiesen. Art. 17a GG wurde durch Art. 1 Ziff. 5 des Gesetzes zur Ergänzung des Grundgesetzes v. 19. 3. 1956 (BGBl. I S. 111) in das Grundgesetz eingefügt. Zu diesem Zeitpunkt war bereits der Streit um die Grundrechtsgeltung im "bG" hinreichend bekannt. Wenn nun der Verfassungsgesetzgeber in dieser Vorschrift die Einschränkung genau bezeichneter Grundrechte normiert, so ist daraus zu schließen, daß die Grundrechte grundsätzlich im Wehr- und Ersatzdienstverhältnis gelten. Ansonsten wäre Art. 17a GG überflüssig gewesen. Er bringt aber gerade ein Prinzip zum Ausdruck, daß sich nicht speziell auf das "bG" des Wehr- und Ersatzdienstes beschränkt, sondern auch in den übrigen "bGen" gilt. Das Gegenteil wäre sinnwidrig, da die "bGe" hinsichtlich der generellen Grundrechtsgeltung bisher stets einheitlich behandelt wurden.⁴⁾ Der Verfassungsgesetzgeber hatte keinen Grund, davon abzuweichen.

1) sog. staatsgesetzliche Grundrechte.

2) vgl. Dürig M-D-H Art. 1 Abs. 2 Rdnr. 80.

3) vgl. auch Wolff, VerwR I S. 200.

4) Dies zeigt sich schon darin, daß meist von dem "bG" schlechthin die Rede war.

Als Ergebnis folgt, daß die Verfassung und die Natur der Grundrechte selbst eine generelle Geltung der Grundrechte im "bG" gebieten. Die Lehre vom völligen Grundrechtsausschluß ist aufzugeben.

4. Grundrechtseinschränkungen im allgemeinen

a) Grundsätzliche Betrachtung:

Die Grundrechte sind nicht nur Rechte gegen den Staat, sondern auch Rechte im Staat. Sie erlangen nur Bedeutung in der Gemeinschaft, setzen demnach notwendig ein Gemeinwesen voraus. Dieses gewährleistet die staatliche Ordnung, indem sie die Existenz des Bürgers sowohl als Einzelperson als auch als Mitglied der politischen und sozialen Gesamtheit sicherstellt. Da sich alles Recht auf die staatliche Gemeinschaft bezieht, findet es dort seine Grenzen, wo es ihren Bestand gefährdet. Daraus folgt schon, daß der Verfassungsgeber keine unbegrenzten Grundrechte gewähren konnte. Uneingeschränkte Berufung auf sie würde den Staat hindern, Ordnungsvorschriften zum Schutze der Grundrechte zu erlassen. Jeder dürfte tun und lassen, was er wollte. Folge wäre der Verlust der Wirksamkeit der Grundrechte und letztlich der Niedergang des Gemeinschaftslebens. Die Lösung im Streit der Interessen zwischen Individuum und Gemeinschaft fordert einen angemessenen Ausgleich. Das Grundgesetz findet ihn, indem es "in der Stufenfolge Individualismus - Personalismus - Kollektivismus die mittlere Linie des Personalismus"¹⁾ einhält, indem es einerseits die Grundrechte gewährleistet, andererseits dem Gesetzgeber unter bestimmten Voraussetzungen Eingriffsmöglichkeiten einräumt. Freiheit korrespondiert mit Verantwortung und Verpflichtung gegenüber der Gemeinschaft.²⁾

1) so Dürig M-D-H Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 47.

2) Vgl. BVerfGE 4, 8 ff. (15/16): "Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum - Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten Der Einzelne

b) Formelle Voraussetzungen der Grundrechtsbeschränkbarkeit:

aa) Die einzelne Grundrechtsbestimmung selbst muß den Eingriff zulassen. Die in Grundrechtsartikeln normierten speziellen Gesetzesvorbehalte können durch die einfache Gesetzgebung aktualisiert werden. Der Gesetzgeber wird hierdurch ermächtigt, in den Inhalt der Grundrechte einzugreifen und auf diese Weise gesetzliche Schranken für die Grundrechtsbetätigung aufzurichten. Der Exekutive ist dies unmittelbar verwehrt; ihr bleibt nur der Weg über den Gesetzgeber.

Qualifizierte Gesetzesvorbehalte schränken die Eingriffsbefugnis des Gesetzgebers dahingehend ein, daß sie diese an das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen¹⁾ oder an die Verfolgung festgelegter Zwecke²⁾ knüpfen. Der einfache Gesetzesvorbehalt kennt solche Einschränkungen nicht.³⁾ Normiert ein Grundrecht überhaupt keinen Gesetzesvorbehalt, vermag auch der Gesetzgeber nicht, dessen eigentlichen Inhalt anzutasten.⁴⁾

bb) Die Beschränkung der Grundrechte kann nur auf ein Gesetz gestützt werden, das nicht bloß für den Einzelfall gilt. Als Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes verbietet Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG grundrechtseinschränkende Individualgesetze.⁵⁾

muß sich diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein Zumutbaren zieht, vorausgesetzt, daß dabei die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleibt." Ähnlich auch BVerfGE 7, 320 ff. (323); 8, 274 ff. (329); 12, 45 ff. (51); 14, 21 ff. (25).

1) z.B. Art. 11 Abs. 2 GG.

2) z.B. Art. 13 Abs. 3 GG.

3) z.B. Art. 2 Abs. 2 Satz 3, 8 Abs. 2, 10 Abs. 2 Satz 1 GG.

4) z.B. Art. 3, 4 GG; zu den immanenten Schranken eines Grundrechts siehe S. 141 der Arbeit.

5) Zur Abgrenzung zum Allgemeingesetz vgl. BVerfGE 7, 129 ff. (150 ff.) "Lex Schörner"; 10, 234 ff. (239 ff.) "Lex Platow"; 25, 371 ff. (396 f.) "Lex Rheinstahl"; Vgl. auch Maunz-Dürig M-D-H Art. 20 Rdnr. 102/103; Schmidt-Bleibtreu-Klein Art. 19 Rdnr. 3 ff.; Hamann-Lenz S. 321 ff.

cc) Das Gesetz muß das eingeschränkte Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen. Die Bedeutung des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG liegt in der Warnfunktion und Rechtsklarheit. Der Gesetzgeber soll, wenn er neue, dem bisherigen Recht fremde Grundrechtsbeschränkungen einführen möchte, sich darüber Rechenschaft ablegen und dies auch für die Betroffenen transparent gestalten. Entsprechend dieser ratio legis gilt Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG nicht für Gesetze, die vor Inkrafttreten des Grundgesetzes erlassen wurden und ebenso auch nicht für nachkonstitutionelle Gesetze, die lediglich bereits geltende Grundrechtsbeschränkungen unverändert oder mit geringen Abweichungen wiederholen.¹⁾

c) Materielle_Einschränkbarkeit_von_Grundrechten:

aa) Eine absolute Schranke bildet die Menschenwürde als unangreifbarer Bestandteil unserer Verfassung. Gemäß Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG ist daran nicht nur der Verfassungsgesetzgeber²⁾, sondern erst recht der einfache Gesetzgeber gebunden. Diese Vorschriften erklären die Würde des Menschen für unantastbar und verpflichten alle staatliche Gewalt, diese Würde zu achten und zu schützen. Als eines der tragenden Konstitutionsprinzipien beherrscht sie alle Bestimmungen des Grundgesetzes. Die Würde ist wesentlich mit der freien menschlichen Persönlichkeit verknüpft. Der Mensch ist als Person Träger höchster geistiger und sittlicher Werte. Er besitzt die Fähigkeit zu eigenverantwortlicher Lebensgestaltung. In der Gemeinschaft begründet dies einen individuellen sozialen Wert- und Achtungsanspruch.³⁾

1) vgl. BVerfGE 15, 288 ff. (293); 16, 194 ff. (199 f.); 35, 185 ff. (189); vgl. auch Leibholz-Rinck S. 346.

2) Mit dem Verweis in Art. 79 Abs. 3 GG auf die in Art. 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätze ist nach überwiegender Meinung die Unantastbarkeit des Menschenwürdegehalts in allen Grundrechten garantiert. Vgl. Maunz-Dürig M-D-H Art. 79 Rdnr. 38 ff. m.w.N.; Schmidt-Bleibtreu-Klein Art. 79 Rdnr. 13.

3) vgl. hierzu Hamann-Lenz S. 128; Dürig M-D-H Art. 1 Rdnr. 18; AöR 81, 125; Wolff VerwR I S. 222; BVerfGE 6, 31 ff. (36); 12, 45 ff. (53). Spannagel, Diss. S. 34 ff. sieht in der Menschenwürde nur

Er verbietet dem Staat, den einzelnen Menschen zum bloßen Objekt seines Handelns, zur vertretbaren Größe herabzuwürdigen und auf diese Weise die individuelle Wertung seiner Persönlichkeit zu mißachten.¹⁾

bb) Eine weitere materielle Schranke für Grundrechtsbeschränkungen durch den einfachen Gesetzgeber setzt Art. 19 Abs. 2 GG, indem er die Unantastbarkeit des Wesensgehalts von Grundrechten postuliert. Verschieden ist seine Interpretation. Nachfolgend ein kurzer Aufriß der einzelnen Meinungen ohne eigene Stellungnahme, da hierauf erst bei der Untersuchung des Art. 19 Abs. 2 GG im "bG" eingegangen wird.²⁾

Das Bundesverfassungsgericht stellt in einer Entscheidung ab auf "das zu regelnde Lebensverhältnis, die tatsächlich getroffene Regelung und die gesellschaftlichen Anschauungen hierüber sowie auf das rechtlich geläuterte Urteil über die Bedeutung ... , die das Grundrecht nach der getroffenen Einschränkung noch für das soziale Leben im Ganzen besitzt"³⁾. Daraus läßt sich schließen, daß hiernach Art. 19 Abs. 2 GG nicht die konkrete Inhaberschaft und Durchsetzbarkeit eines Substanzminimums an staatlich geschützter Grundrechtssphäre des einzelnen sichert, sondern nur ein Substanzminimum von Grundrechtsgeltung in der Bedeutung für die Allgemeinheit.⁴⁾

eine relative Schranke. Ein Verstoß liege dann vor, wenn Eingriffe des Staates in einem unerträglichen Verhältnis zu den vom Gemeinwesen verfolgten Zwecken stehen. Diese Ansicht geht zu weit. Sie setzt praktisch die Menschenwürde als letzter Schutzwall gegen Angriffe auf den Bereich des Menschseins mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gleich.

2) siehe S. 178 ff. der Arbeit.

1) vgl. BVerfGE 5, 85 ff. (204); 27, 1 ff. (6).

3) so BVerfGE 2, 266 ff. (285); vgl. auch BVerfGE 16, 194 ff. (201); 6, 32 ff. (41).

4) Vgl. die Worte "soziale Leben im Ganzen", die damit ausdrücken, daß hier nicht das einzelne Grundrecht als subjektives öffentliches Recht gemeint ist. Vgl. auch Mangoldt-Klein Art. 19 Anm. V 5. Häberle S. 234 ff. gelangt zum gleichen Ergebnis, nur habe der Wesensgehalt jedes Grundrechts schon aus sich heraus Bestand, folglich komme Art. 19 Abs. 2 GG nur deklaratorischer Charakter zu. Vgl. auch Hesse, Grundzüge S. 139,

Der Bundesgerichtshof¹⁾ anerkennt dagegen nur eine relative Wirkung des Art. 19 Abs. 2 GG. Der Wesensgehalt sei dann berührt, wenn der Eingriff die wesensmäßige Geltung und Entfaltung der Grundrechte mehr einschränke als durch sachlichen Anlaß und Grund unbedingt und zwingend geboten. Quasi bedeutet dies eine Gleichsetzung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.²⁾

Nach dem Bundesverwaltungsgericht ist der Wesensgehalt eines Grundrechts dann verletzt, wenn von dem Grundrecht "gar nichts mehr übrig bleibt"³⁾. Allerdings gestattet das Gericht Eingriffe in den Wesensgehalt entgegen dem Wortlaut des Art. 19 Abs. 2 GG⁴⁾ dann, wenn es für die Sicherung der für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter unbedingt erforderlich ist.⁵⁾

cc) Bei Grundrechtseinschränkungen ist der Grundsatz der Gleichberechtigung aller Staatsbürger zu beachten. Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 3 GG stellt nicht nur ein Grundrecht dar, sondern auch ein allgemeines Gerechtigkeitsprinzip überstaatlicher Art. Die Gleichheit vor dem Gesetz gehört so sehr zu den Grundbestandteilen unserer verfassungsmäßigen Ordnung, daß auf diesen überpositiven Rechtsgrundsatz zurückgegriffen werden müßte, wenn der Gleichheitssatz nicht in Art. 3 GG normiert worden wäre.⁶⁾ Er ist dann ver-

der in Art. 19 Abs. 2 GG lediglich eine Interpretationshilfe sieht. Siehe hierzu auch Harnischfeger, Diss. S. 229 ff.; Ullmann, Diss. S. 152 m.w.N.; Lerche Übermaß S. 239 ff. m.w.N..

- 1) vgl. BGH DVBl 1953, 471 ff. (472); DÖV 1955, 729 ff. (730/731); VerwRspr. 5, 641 ff. (642/643); so auch OLG Köln NJW 1953, 1846 f. (1846); OVG Lüneburg DÖV 1955, 218 ff. (218); weitere Nachweise bei Lerche, Übermaß S. 34 Anm. 21.
- 2) vgl. hierzu Dürig AöR 81, 135; Denninger DÖV 1960, 812 ff..
- 3) so BVerwGE 1, 48 ff. (51); vgl. auch BVerwGE 1, 92 ff. (94); 2, 89 ff. (93) st. Rspr..
- 4) "In keinem Falle"
- 5) vgl. die Angaben in Fußn. 3; weiterhin BVerwGE 5, 153 ff. (159) st. Rspr.. Vgl. auch Dürig AöR 81, 136 ff., wonach in Extremfällen der absolute Schutzkern eines Grundrechts "auf Null reduziert" sein könne.
- 6) vgl. BVerfGE 1, 208 ff. (233); 23, 12 ff. (24); 21, 349 ff. (364).

letzt, wenn die staatliche Gewalt Personen oder Personen-
gruppen unterschiedlich behandelt und sich hierfür kein ver-
nünftiger, aus der Natur der Sache sich ergebender oder son-
stiger sachlich einleuchtender Grund finden läßt und diese
Differenzierung daher als willkürlich erscheint.¹⁾

d) Immanente Schranken der Grundrechte:

Jedes Grundrecht, ob mit oder ohne Gesetzesvorbehalt, ist
in seinem Umfang beschränkt. Die Grundrechte stehen allen
Menschen (Bürgern) zu. Die Berufung des einzelnen darauf er-
fordert gleichzeitig Rücksichtnahme auf die Rechte der an-
deren. Von Verfassungen wegen enthält daher jedes Grundrecht
immanente Schranken.²⁾ Was außerhalb dieser Schranken liegt,
gehört nicht mehr zum Grundrecht. Sie kürzen oder schmälern
kein Recht, sondern stellen nur seinen Bestand fest, umrei-
ßen das Vorhandene. Wenn nun Gesetzgebung und Verwaltung den
Inhalt des Grundrechts in der Weise konkretisieren, indem
seine immanenten Schranken sichtbar gemacht werden, ver-
letzen sie nicht das Grundrecht. Sie nehmen keine konstitu-
tiven Grundrechtseinschränkungen vor, sondern zeigen nur de-
klaratorisch die bereits von der Verfassung vorgegebenen
Schranken auf. Soweit ein spezieller Gesetzesvorbehalt reicht,
darf weder auf immanente Schranken zurückgegriffen werden noch
ist es erforderlich.³⁾ Umstritten ist die Bestimmung der im-
manenten Schranken. Es folgt eine kritiklose Darstellung der
Meinungen, da sich die Arbeit mit ihnen erst bei der Unter-
suchung im "bG" auseinandersetzt.⁴⁾

Das Bundesverwaltungsgericht folgert aus dem Grundgedanken,
jedes Grundrecht setze den Bestand der staatlichen Ordnung
voraus, da es durch diese gewährleistet werde, daß eine Beru-

1) allg. Meinung: sog. "Willkürverbot"; vgl. Maunz StR S.
137; BVerfGE 18, 38 ff. (46) etc..

2) Ausdrücklich sind sie z.B. in Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 "Rechte
anderer", "verfassungsmäßige Ordnung", "Sittengesetz",
Art. 5 Abs. 2 GG, Art. 14 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 GG normiert.
Sie sind aber auch ohne ausdrückliche Benennung jedem
Grundrecht zu eigen.

3) vgl. Maunz StR S. 118; BVerfGE 4, 52 ff. (54) etc..

4) siehe S. 181 ff. der Arbeit.

fung auf Grundrechte ohne Gesetzesvorbehalt dann nicht zulässig sei, wenn dadurch "andere Grundrechte oder die für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter" gefährdet werden.¹⁾

Nach Klein²⁾ gilt für alle Grundrechte unmittelbar die Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 GG. Er gelangt zu diesem Ergebnis, weil für ihn Art. 2 Abs. 1 GG kein selbstständiges Grundrecht darstellt, sondern eine "aktuell geltende Norm des objektiven (Verfassungs-)Rechts"³⁾. Dürig⁴⁾ geht von einer Doppelbedeutung des Art. 2 Abs. 1 GG aus, einerseits als subjektives Auffangrecht aller unbenannten Freiheitsrechte, andererseits als objektive rechtliche Auslegungsregel zur Interpretation des Sinngehalts anderer Grundrechte. Eine unmittelbare Übertragung der für das selbstständige Auffanggrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG auf die anderen Grundrechte lehnt Dürig ab. Jedoch wirke auch für die anderen Grundrechte der Soweit-Satz des Art. 2 Abs. 1 GG mittelbar als "Verfassungsvorbehalt zur Interpretation immanenter Grundrechtsschranken"⁵⁾. So sieht er in den Rechten anderer eine allen Grundrechten geradezu "rechtslogisch immanente Schranke"⁶⁾, im Sittengesetz eine "ethisch immanente Schranke"⁷⁾ und in der verfassungsmäßigen Ordnung die "gesellschaftlich immanente Schranke der elementaren öffentlichen Ordnungsnormen"⁸⁾.

1) sog. "Gemeinwohl-" oder "Gemeinschaftsklausel"; vgl. BVerwGE 1, 45 ff. (52); 23, 104 ff. (110); 16, 241 ff. (248) st. Rspr..

2) v. Mangoldt-Klein S. 164 ff..

3) Vgl. auch aaO S. 164: "Mit Art. 2 Abs. 1 GG hat der Grundgesetzgeber die tragende Entscheidung für die rechtliche Stellung des einzelnen im Verhältnis zum Staat, aber auch im Verhältnis zum Mitbürger und zur Allgemeinheit getroffen."

4) M-D-H Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 69 ff.; JZ 1957, 169 ff.; vgl. auch Maunz StR S. 118; Ott NJW 1964, 1149 f.; JuS 1968, 459 ff. (462).

5) M-D-H Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 72.

6) aaO Rdnr. 73.

7) aaO Rdnr. 74.

8) aaO Rdnr. 75.

Das Bundesverfassungsgericht¹⁾ räumt zwar ein, daß der Wortlaut der Grundrechte auf eine unzulässige Einschränkung hindeute, doch bedeute das keine völlige Schrankenlosigkeit. Die Verfassungsbestimmung dürfe nicht wortgetreu interpretiert werden, sondern sie müsse so ausgelegt werden, daß sie mit den elementaren Grundsätzen des Grundgesetzes und seiner Wertordnung vereinbar seien. Aus dem Grundsatz der Einheit der Verfassung folgert so das Gericht, daß ausnahmsweise "kollidierende Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte"²⁾ im Stande seien, auch uneinschränkbare Grundrechte in einzelnen Beziehungen zu begrenzen. Im konkreten Falle sei zu ermitteln, welche Verfassungsbestimmung höheren Rang besitze. Die schwächere Norm dürfe dann unter Respektierung ihres Grundwertgehalts so weit zurückgedrängt werden, wie es logisch und systematisch zwingend erscheine.³⁾

5. Einschränkung der Grundrechte im "bG"

Steht fest, daß die Grundrechte im "bG" gelten, knüpft sich hieran die Frage nach ihrer Einschränkung. Nach weitverbreiteter Meinung kann die Exekutive, ohne Bindung an die verfassungsrechtlich festgelegte, allgemeingültige Einschränkungssystematik, ohne Beachtung einzelner Grundrechtsvorbehalte, des Art. 19 Abs. 1 und Abs. 2 GG, der unbeschränkten Gewährleistung bestimmter Grundrechte mit ihren immanenten Schranken, im "bG" die Grundrechte jederzeit einschränken.⁴⁾ Soweit für Grundrechtseinschränkungen ein formelles Gesetz für überflüssig erachtet wird, kann auf die Ausführungen in Kapitel 2 zum allgemeinen Grundsatz des Vorbehalts des Ge-

1) BVerfGE 28, 243 ff.; 2, 1 ff. (72 f.).

2) so BVerfGE 28, 243 ff. (261).

3) vgl. auch Hesse, Grundzüge S. 132.

4) vgl. Krüger BayerBZ 1950, 237 f.; NJW 1953, 1372 f.; Mang S. 10; Kratzer Laforet-F. S. 120; Geiger § 90 A 6e; Grewe S. 35 ff.; Schneider DVBL 1951, 776; VGH Stuttgart VerwRspr Bd. 5, 583 ff.; OLG Hamburg JZ 1970, 193 f.; OLG Koblenz NJW 1971, 531 f..
Im übrigen siehe die Literatur- und Rechtsprechungsangaben bei den einzelnen Abschnitten.

setzes verwiesen werden.¹⁾ Da die Gesetzesvorbehalte der einzelnen Grundrechte lediglich eine spezielle Ausformung des allgemeinen Vorbehaltsprinzips darstellen,²⁾ beschränkt sich die Arbeit in diesem Punkt darauf, das bereits generell für Eingriffe in die Freiheitssphäre gewonnene Ergebnis aus grundrechtlicher Sicht noch zu beleuchten.

a) Gewohnheitsrechtliche Grundlage:

Nicht selten sieht man die Rechtfertigung der Grundrechtseinschränkungen im Gewohnheitsrecht. Insoweit allerdings teilen sich die Meinungen, als die eine das überkommene Gewohnheitsrecht als fortgeltendes Recht gemäß Art. 123 Abs. 1 GG betrachtet,³⁾ die andere dagegen einen inneren Vorbehalt der Verfassung in der Richtung unterstellt, daß das bestehende Gewohnheitsrecht so lange weitergelten solle, bis vom Gesetzgeber verfassungsgemäße Normen erlassen worden seien, ohne ihn jedoch an eine Frist zu binden.⁴⁾ Beide Meinungen begründen das damit, daß sonst die Rechtsinstitute der "bGe" mit ihren formell den grundrechtlichen Anforderungen nicht entsprechenden Regelungen in sich zusammenbrächen, obwohl sie ihre Tätigkeit auf janrelange, gleichmäßige Übung und Anerkennung stützen könnten. Als Folge wären mit Inkrafttreten des Grundgesetzes Rechtslücken entstanden, die auf besonders wichtigen Rechtsgebieten zu rechtlich und tatsächlich unhaltbaren Zuständen geführt hätten.⁵⁾ Dies rechtfertige zumindest, daß Gewohnheitsrecht entgegen den ausdrücklichen Grundrechtsvorschriften wenigstens in dem Umfang gelte, wie es die

1) siehe oben S. 39 ff..

2) siehe oben S. 4 Fußn. 4.

3) vgl. z.B. Nebinger, Polizeir S. 14 f.; Schneider DVBl 1951, 776; VGH Stuttgart VerwRspr. Bd. 5, 583 ff..

4) vgl. z.B. Spiro DÖV 1951, 344 f.; Kracht DVBl 1950, 517 ff.; Gerber DÖV 1952, 387 ff.; OLG Stuttgart NJW 1951, 854 f..

5) Neben den "bGen" war auch noch das Polizeirecht in den süddeutschen Ländern nach Inkrafttreten des Grundgesetzes nicht gesetzlich kodifiziert. Vgl. OLG Stuttgart NJW 1951, 854 f. (855).

"allerdringlichsten, für den Bestand der Rechtsordnung absolut unentbehrlichen Eingriffe"¹⁾ erforderten.²⁾

Vor Wirksamwerden des Grundgesetzes konnte man die Einschränkungbarkeit von Grundrechten durch Gewohnheitsrecht durchaus noch billigen, nicht dagegen heute. Nach früherer Rechtsanschauung unterfielen dem Begriff "Gesetz" jeder materielle Rechtssatz, also auch Gewohnheitsrecht. Unter "Gesetz" i.S. der einzelnen Gesetzesvorbehalte und des Art. 19 Abs. 1 GG versteht man jedoch ausschließlich die im formellen Gesetzgebungsverfahren zustande gekommenen Normen. Die Bestätigung findet sich auch in der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes. In der dritten Lesung des parlamentarischen Rates wurde die Fassung des Art. 2 Abs. 2 Satz 3 und des Art. 13 Abs. 3 GG dahingehend abgeändert, daß die Wendung "aufgrund der Rechtsordnung" durch die Worte "aufgrund eines Gesetzes" ersetzt wurde.³⁾ Legt man deshalb die Tatsache zugrunde, daß bisheriges Gewohnheitsrecht vom Grundgesetz nur bedingt rezipiert wurde, also nur in dem Umfang, als es ihm nicht widerspricht,⁴⁾ so bilden Art. 1 Abs. 1, 19 Abs. 1, Abs. 2 GG sowie die einzelnen Grundrechte als Grundsatznormen der Verfassung jedenfalls eine Schranke für die Weitergeltung von Gewohnheitsrecht. Daraus folgt, daß eine gewohnheitsrechtliche Befugnis der Exekutive zu unbeschränkten Grundrechtseingriffen im "bG" als verfassungswidrig abzulehnen ist. Die Befürchtung, dies führe in weiten Lebensbereichen zu chaotischen Verhältnissen, befreit den Gesetzgeber nicht von seiner Regelungspflicht, sondern gesteht im allenfalls hierfür eine Frist zu, innerhalb derer das Eingriffsrecht der Exekutive im herkömmlichen Sinne noch toleriert wird.⁵⁾

Materiell-rechtliche Erwägungen stützen das Ergebnis. Art. 103 Abs. 2 und Art. 104 Abs. 1 GG, die sich in erster Linie

1) so Kern S. 53.

2) vgl. hierzu auch Schwendy, Diss. S. 40 f.; Kleiser, Diss. S. 112 ff..

3) vgl. Bonn.Komm. S. 5.

4) siehe auch oben S. 100.

5) vgl. S. 187 der Arbeit.

auf das "bG" des Strafgefangenen beziehen, gewähren den gesteigerten Schutz eines formellen Gesetzes dem einzelnen bei strafbarem Verhalten und bei Eingriffen in seine Bewegungsfreiheit. Es ist kein Grund ersichtlich, warum bei anderen ebenso schwerwiegenden Grundrechtseingriffen Gewohnheitsrecht ausreichen soll mit der Folge einer erheblichen Rechtsunsicherheit. Die in der Gesetzesvorbehaltssystematik zum Ausdruck kommende Rangordnung der einzelnen Grundrechte rechtfertigt es nicht. Vielmehr indiziert die Parallele des Gebotes "nulla poena sine lege" zu den Gesetzesvorbehalten der Grundrechte das Gegenteil.¹⁾

b) Zweck des "bGes":

Ein Teil der Literatur und Rechtsprechung²⁾ begründet es mit

1) Dürig JZ 1952, 515 anerkennt eine völlige Gleichbedeutung dieses Gebotes mit dem Gesetzmäßigkeitsprinzip der Verwaltung, das sich auch in den Grundrechtsvorbehalten ausdrückt.

2) Vgl. Mang S. 10: Das Beamtenverhältnis sei ein "bG". Daraus folge, daß Einschränkungen für die Ausübung der Grundrechte zulässig seien, doch müsse die Einschränkung nach Sinn und Zweck des Beamtenverhältnisses unbedingt notwendig sein. Krüger BayerBZ 1950, 237 f.; NJW 1953, 1372 f. meint, daß für eventuelle Gesetze im "bG" die formellen und materiellen Erfordernisse des Art. 19 Abs. 1 und 2 GG nicht erfüllt zu sein bräuchten, da sich sonst praktische Unzuträglichkeiten ergäben. Bender S. 145: Auch ohne Gesetzesvorbehalt dürften aber Eingriffe in die Grundrechte der unterworfenen Person nach Art und Ausmaß insoweit zulässig sein, als der Eingriff aus der Zweckbestimmung des "bGes" unter Berücksichtigung der Art des einschränkenden Grundrechts dringend geboten erschiene. Vgl. auch Kratzer, Laforet-F. S. 120; Geiger § 90 A 6e; Kalisch AöR 78, 334 f.; Grewe S. 35 ff.; Scheuner, Verfassungsmäßigkeit S. 65 ff.; Zweigert JZ 1955, 534; Mayer DVBl 1956, 469 ff..

Vgl. OLG Hamburg JZ 1970, 193 f. (194). Zu diesem Urteil Müller-Dietz, Strafvollzugsreform S. 74: Ohne Einschaltung gesetzlicher Vorschriften wurden Inhalt und Grenzen der Grundrechte der Gewaltunterworfenen von der Eigenart jener Einrichtung abgeleitet. Das "bG" diene als "Begründungs- und Begrenzungsnorm für alle Maßnahmen des Strafvollzugs". Vgl. auch OLG Nürnberg v. 22. 12. 1970 zit. bei Müller-Dietz NJW 1972, 1161 Fußn. 3: "Die Grund- und Freiheitsrechte des Einzelnen unterliegen in besonderen Gewaltverhältnissen, wie im Strafvollzug, gewissen Einschränkungen nach Sinn und Zweck des jeweiligen Anstaltsverhältnis-

dem Zweck des "bGes". Der einzelne habe im "bG" erhöhte Pflichten, wodurch seine Freiheit eingeschränkt werde. Als vorgegebene Tatsache, gestützt auf den Zweck des "bGes", sei dies hinzunehmen. Der Zweck dient sowohl als Einschränkungsgrundlage als auch als Einschränkungsmaßstab. Damit stimmt diese Ansicht genau mit der bereits in der Weimarer Republik vorherrschenden Meinung überein.¹⁾ Sie widerspricht aber der geltenden Verfassung.

Der Vorgang der Zweckermittlung, d.h. die Ermittlung, was allgemein besonders zweckmäßig ist, beinhaltet eine Betätigung hoheitlichen Ermessens. Zwar hat der Gesetzgeber zum Teil in den "bGen" die Zwecke bereits annähernd festgelegt. doch bleibt insgesamt noch ein weiter Raum für Verwaltungsermessen. In diesem Bereich hinge die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Grundrechtseinschränkung vom subjektiven Ermessen der Verwaltung ab. Die Grundrechtseffektivität wäre insoweit unter das Primat des Verwaltungsermessens gestellt²⁾ - ein Ergebnis, das dem Wesen der Grundrechte als mit Verfassungsrang ausgestattete subjektiv-öffentliche Rechte zuwiderliefe. Der von der Exekutive festgesetzte Zweck könnte unbegrenzt in die Substanz der Grundrechte einwirken, ohne daß ihm von ihrem Inhalt her Schranken gesetzt wären. Zwar bestimmen sich letztlich Inhalt und Umfang staatlicher Aufgaben aus dem Zweck des Staates, doch folgt daraus nicht, daß dieser beliebig festgelegt werden kann, sondern vielmehr ist er durch die Verfassung, wenn auch in weiten Grenzen, vorgegeben. Eine

ses." Vgl. auch OLG Koblenz NJW 1971, 531 f.; OVG Hamburg DVBl 1956, 417 ff.; OLG Bremen NJW 1956, 922; OVG Berlin JZ 1955, 16 ff.; OVG Lüneburg DVBl 1954, 255 ff.; BVerwGE 7, 125 ff.; NJW 1958, 1407 ff.; BayerVGHE 4 Teil 2 S. 165; OLG Hamburg NJW 1968, 1641 f.; BAG NJW 1969, 1824; BayerVerfGH NJW 1963, 1774. Ähnlich auch BVerfGE 15, 288 ff. (293), wenn es darauf verweist, daß Art. 5 GG für den Untersuchungshäftling durch das "bG" Beschränkungen unterworfen werden könne.

1) siehe oben S. 130 Fußn. 1.

2) Vgl. Leisner DVBl 1960, 623, der davor warnt, daß die Grundrechte unter den allgemeinen Vorbehalt der Verwaltungseffizienz geraten könnten. Vgl. auch Bühler, subj. öffentl. Rechte S. 21.

solche Grenze bilden die Grundrechte.¹⁾ Richteten diese sich nach dem Zweck des "bGes", ein Fundamentalsatz der Verfassung, nämlich, daß die Grundrechte staatlichem Handeln Grenzen ziehen,²⁾ wäre aufgehoben und in sein Gegenteil verkehrt.³⁾ Das bedeutet, daß alle staatliche Gewalt die in den Grundrechten verbürgte Freiheit zu respektieren hat. Nur wenn die Grundrechte selbst Einschränkungen zulassen, so sind sie in dem Rahmen und mit den festgelegten Mitteln, also durch Gesetz, möglich. Sind die Grundrechte unbeschränkbar gewährleistet, darf auch der Gesetzgeber in sie nicht ein greifen, sondern lediglich die immanenten Schranken bestimmen. Der Zweck eines "bGes" ermöglicht zumindest keine andere Lösung.⁴⁾

c) Natur der Sache:

Die obige Meinung, die sich auf den Zweck des "bGes" beruft, verweist auch meist noch auf "die Natur der Sache" als Einschränkungsermächtigung.⁵⁾

-
- 1) Vgl. Krüger, Gutachten S. 18; DVBl 1950, 625 ff., wonach die Gesetze nur im Rahmen der Grundrechte gelten.
 - 2) vgl. die Aufwertung der Grundrechte durch Art. 1 Abs. 3, 79 Abs. 3 GG gegenüber der WRV; siehe auch oben S. 132.
 - 3) Dieses Argument muß sich auch Münch, Diss. S. 39 ff. entgegenhalten lassen, wenn er statt auf den Zweck auf den Begriff des "Funktionierens" des "bGes" abstellt, auch wenn er versucht einer Gleichstellung dieser beiden Begriffe (vgl. Perschel S. 28) dadurch zu entgehen, indem er unter "Funktionieren" nicht den reibungslosen Ablauf der Verwaltung als solcher versteht, sondern seinen Begriff auf den jeweiligen konkreten Sachbereich des von einer "Grundrechtseinschränkung" Betroffenen beschränkt.
 - 4) So im Ergebnis auch Kühn, Diss. S. 39: Gerade im Strafvollzug mit seinen einschneidenden Eingriffen, wo der Schutz des Individuums besondere Beachtung verdiene, dürfe die Rechtfertigung der Befehlsgewalt des Staates nicht aus dem Zweck des "bGes" hergeleitet und so auf rechtsstaatliche Garantien verzichtet werden. Der Verwaltung dürfe kein Freibrief für die Maßnahmen im "bG" ausgestellt werden.
 - 5) vgl. die Angaben oben S. 104 Fußn. 3. Siehe auch Dürig AöR 81, 154: In diesen Rechtsverhältnissen bestünde eine Eigengesetzlichkeit, die es widersinnig mache, wenn sich der Gewaltunterworfenen auf Grundrechte berufen könne. Die Rechtfertigung liege daher in der Lehre von der "Natur der

"Natur der Sache" als lückenausfüllende Auslegungsregel setzt voraus, daß das Grundgesetz hinsichtlich der Geltung der Grundrechte im "bG" eine Lücke aufweist. Das Grundgesetz differenziert zwischen den einzelnen Grundrechten, indem es Grundrechte mit einfachem, qualifiziertem und ohne Gesetzesvorbehalt normiert.¹⁾ Solch ein detailliert gegliedertes Grundrechtsschema legt die Vermutung nahe, daß der Verfassungsgeber alle notwendigen Grundrechtseinschränkungen und -begrenzungen auführen wollte. Da er bereits das Institut des "bGes" kannte, dennoch nicht zwischen "aG" und "bG" im Grundrechtsbereich unterschied, dürfte seinem Willen eher eine Gleichbehandlung beider Verhältnisse entsprechen, eine ausfüllungsbedürftige Lücke für den Bereich des "bGes" daher abzulehen sein.

Selbst wenn der Beweis für eine Lücke erbracht werden könnte, müßte die ungeschriebene Befugnis aus der "Natur der Sache" als "variable Größe mit der jeweiligen allgemeinen Rechtsidee konform gehen, ja identisch sein"²⁾. Zieht man aber die gegenwärtige Rechtsüberzeugung auf der Grundlage des Grundgesetzes heran, fordert sie größtmögliche Effektivität und Unantastbarkeit der Grundrechte.³⁾ Verkannt wäre das verfeinerte rechtsstaatliche System des Grundgesetzes, würde man im "bG" eine von der Verfassung nicht gewährte Befugnis einfach aus "der Natur der Sache" ableiten und in Anspruch nehmen. Vielmehr spricht die zeit- und verfassungsgerechte

sache. Zumindest gelte dies für die unfreiwilligen "bGe". vgl. weiterhin Koellreutter, Staatslehre S. 114; Neis ZBR 1953, 157 f.; OVG Rhld.-Pf. DVBl 1955, 158 ff. (159).

1) siehe oben S. 137.

2) so Radbruch, Natur der Sache S. 162.

3) Vgl. Klein in v. Mangoldt-Klein S. 117: Die oberste Auslegungsregel, die der Rechtsidee der Grundrechte entspreche, sei der "Grundsatz der möglichen Grundrechtseffektivität". Dies bedeute, daß nur jene Rechtsüberzeugung mit dem "Gesicht des Grundgesetzes" übereinstimme, die bei Bestehen mehrerer Wertungsmöglichkeiten diejenige heranziehe, die die juristische Wirkungskraft der betreffenden Normen am stärksten entfalte.

Interpretation der Grundrechte gegen den überkommenen, grundrechtsfeindlichen Tätigkeitsbereich des "bGes". In Widerspruch zu ihr verbietet sich daher der Rückgriff auf die Rechtsquelle der "Natur der Sache".

Zudem fordert das Rechtsstaatsgebot die Meßbarkeit und Vor-ausberechenbarkeit staatlicher Machtäußerungen.¹⁾ Der Begriff "Natur der Sache" ist aber viel zu unbestimmt, um ihm genügen zu können, um einen zuverlässigen Maßstab für die Zulässigkeit von Grundrechtseinschränkungen darzustellen.

d) Konstruktion von Klein:

Klein²⁾ versucht, die hergebrachte Einschränkung der Grundrechte im "bG" in die Grundrechtssystematik der heutigen Verfassung einzubauen. Er unterscheidet bei den Grundrechtsschranken zwischen Vorbehalts- und Gewährleistungsschranken.³⁾

Die Vorbehaltsschranken unterteilt er in verfassungsunmittelbare und -mittelbare. Die ersteren leiten ihre Berechtigung unmittelbar aus dem Grundgesetz her, so der allgemeine Gemeinschaftsvorbehalt des Art. 2 Abs. 1 Satz 2 GG; die letzteren sind die aufgrund eines allgemeinen oder speziellen Gesetzesvorbehalts ergangenen grundrechtseinschränkenden (einfachen) Gesetze.

Die Gewährleistungsschranken werden in persönliche und sachliche geteilt. Persönliche Gewährleistungsschranken sind solche, "durch die die aus dem Grundrecht Berechtigten bestimmt werden"⁴⁾, so bei den Grundrechten Art. 8, 9, 11, 12 GG "alle Deutschen", bei Art. 17 GG "jedermann", bei Art. 4 Abs. 3 GG die Wehrpflichtigkeit. Damit beschränken sich die Grundrechte auf einen bestimmten Kreis von Personen. Sachliche Ge-

1) vgl. Maunz-Dürig M-D-H Art. 20 Rdnr. 86.

2) in v. Mangoldt-Klein S. 129 ff. (136 f.); so auch BayVerfGH VerwKspr Bd. 13, 1 ff.; Bd. 10, 269 ff.; Münch JZ 1958, 73; Diss. S. 23; Herzog AöR 86, 204; Schnorr JuS 1963, 298; Grunau, Beteiligung S. 544; ZStrW 70, 511.

3) Im wesentlichen entsprechen die Gewährleistungsschranken den immanenten oder inhärenten Schranken. Siehe oben S. 141 ff. der Arbeit.

4) aaO S. 129.

währleistungsschranken umgrenzen die Grundrechte nach ihrem Inhalt und Wesen, beschränken sie also auf einen bestimmten sachlichen Inhalt, so Art. 12 GG auf Berufswahl und -ausübung, Art. 6 Abs. 1 GG auf Ehe und Familie.

An die aufgezeigte Unterscheidung knüpft Klein die Folge, daß nur für die Vorbehaltsschranken ein ausdrücklicher (Beschränkungs-)Vorbehalt in der Verfassung selbst erforderlich sei, nicht dagegen für die Ausfüllung der durch Gewährleistungsschranken festgelegten Grundrechtumschreibungen. Im letzteren Falle entfalle auch die Bindung an die förmlichen und sachlichen Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 1 und 2 GG. Klein vergleicht nun die persönlichen Gewährleistungsschranken mit den "bGen". In beiden Fällen würden Personen vom Genuß der Grundrechte ausgeschlossen, vom grundrechtlichen Geltungsbereich ausgegrenzt. Im "bG" äußere es sich darin, daß dem Gewaltunterworfenen für die Dauer seiner Zugehörigkeit → evtl. auch noch nach Beendigung - gewisse Grundrechte überhaupt nicht zustehen oder er zumindest in der Ausübung seiner Grundrechte beschränkt sein würde. Diese Parallele berechtige dazu, das "bG" als persönliche Gewährleistungsschranke einzustufen, mit der Folge, daß weder ein grundrechtseinschränkendes Gesetz erforderlich sei, noch Art. 19 Abs. 1 und 2 GG beachtet werden müsse. Später korrigiert Klein diese weitreichenden Konsequenzen insoweit, als er für die unfreiwilligen "bGe" eine gesetzliche Normierung des Unterwerfungstatbestandes, der Begründung des Gewaltverhältnisses, verlangt, wobei er z.B. für den Strafvollzug die Art. 102 ff. GG als ausreichend ansieht.¹⁾

Die Konstruktion von Klein ist abzulehnen.²⁾ Er überspringt die primäre Frage der Zulässigkeit von Grundrechtseinschränkungen im "bG". Seinem Vergleich liegt schon die Prämisse zu-

1) Klein greift damit auf eine verfassungsrechtliche Legitimation zurück und folgt letztlich insoweit der Lehre von der verfassungsrechtlichen Institutionalisierung der "bGe". Vgl. hierzu S. 153 ff. der Arbeit.

2) so auch Cornelius-Gester-Woschech S. 67 Anm. 71; Götzl, Diss. S. 70 f.; Krüger ZBR 1956, 311; Leisner DVBl 1960, 623; Thieme, Öffentl. Dienst S. 69 Anm. 16.

grunde, daß das "bG" eine verfassungsgemäße Schranke der Grundrechte darstelle. Den Beweis hierfür hat Klein nicht erbracht. Die faktische Existenz des "bGes" rechtfertigt allein noch keine Grundrechtseinschränkungen. Vielmehr folgt aus einer verfassungsgerechten Inhaltsbestimmung der Grundrechte, daß die Beschränkungen des "bGes" nicht mit den Gewährleistungsschranken gleichzustellen sind. Diese sind den Grundrechten immanent, legen demnach den grundrechtlichen Gehalt aus dem Grundrecht selbst heraus fest. Sie hängen nicht ab von einer außerhalb des Bereichs der Grundrechte und womöglich auch außerhalb der Verfassung stehenden überkommenen Institution. Die Grundrechtsschranken des "bGes" dagegen bestimmen sich aus dem Wesen des jeweiligen "bGes" mit der Folge sehr unterschiedlicher Geltung.¹⁾ Ihnen kann nur dann Wirksamkeit zugesprochen werden, wenn der Verfassungsgeber sie tatsächlich gebilligt hat, indem er das "bG" mit seinem hergebrachten Inhalt institutionalisiert hat.²⁾ Dies untersucht Klein aber nicht.³⁾ Letzten Endes beinhaltet

-
- 1) Vgl. aber hierzu die Forderung von Krüger DVBl 1953, 99 nach einheitlicher Schrankenbestimmung: Grundrechte könnten ihre integrierende Wirksamkeit im staatlichen Vergemeinschaftungsvorgang nur dann ausüben, wenn ihr Inhalt für jedermann ohne weiteres erkennbar, völlig übersehbar und unbedingt verläßlich sei. Immanente Schranken, deren Dasein und Verlauf sich erst von Fall zu Fall herausstelle, verhindere solches.
 - 2) vgl. S. 153 ff. der Arbeit.
 - 3) Der gleiche Fehler unterläuft Lauxmann, Diss. S. 66 und Dame, Diss. S. 37 bei ihrem gegenteiligen Ergebnis. Aus Art. 4 Abs. 4 GG folge, daß hierfür nur ein Wehrpflichtiger in Frage kommen könne - zurecht also eine persönliche Gewährleistungsschranke. Aus keinem Grundrecht ergebe sich aber immanent eine Einschränkung, z.B. durch das Beamtenrecht. Die hierdurch einzuschränkenden Grundrechte seien auch ohne eine solche Einschränkung denkbar und hätten für sich gesehen denselben Inhalt, wenn der Verfassungsgeber z.B. das Beamtenverhältnis abgeschafft hätte. Zieht man z.B. die persönlichen Gewährleistungsschranken des Deutscheins oder der Grundrechtsmündigkeit heran, so sind Art. 9 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG etc. auch ohne sie denkbar und sinnvoll. Sie sind nicht notwendigerweise durch den Inhalt der Grundrechte festgelegt, sondern an diese von außen herangetragen. Durchaus können daher die Grundrechte ihre Schranken in den kollidierenden Grundrechten

seine Konstruktion die alte Lehre von der Grundrechtsfreiheit des "bGes". Den Blankettbegriff der immanenten Schranken füllt er aus, wobei er den Sinn und Zweck des bestimmten "bGes" heranzieht. In dem Ausmaße, wie es hiernach erforderlich ist, wird der Gewaltunterworfenen vor die Schranken der Grundrechte in den grundrechtsleeren Raum postiert.¹⁾ Auch wenn Klein in der Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG der Staatstätigkeit eine absolute Grenze setzt,²⁾ rettet das seine Theorie nicht. Dieser notdürftige Schutz für weite Lebensbereiche ganzer Bevölkerungsgruppen, wie Beamte, Schüler, Wehrdienstpflichtige, Strafgefangene etc., denen ansonsten Grundrechtsschutz versagt bleibt, entspricht nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen.

e) Verfassungsrechtliche Institutionalisierung:

Die überwiegende Ansicht in Literatur und in der Rechtsprechung, die bestimmte "bGe" als im Grundgesetz als Ausnahme vom Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes "institutionalisiert" ansieht,³⁾ erkennt meist insoweit auch eine Derogationswirkung gegenüber den Grundrechten an. Ausdrücklich verneint sie zwar eine Legitimation außerhalb des Grundgesetzes, da eine Begrenzung der Grundrechte nur in der Verfassung ihre Grundlage haben könne. Jedoch mit der positiv-rechtlichen Erwähnung der "bGe" im Grundgesetz werde nicht nur die Existenz dieser Verhältnisse auf Verfassungsebene anerkannt, sondern auch die grundsätzliche Einschränkung der Grundrechte, die einer Entfaltung der Institutionen entgegenstehen, sanktioniert, ungeachtet einzelner Gesetzesvorbehalte, des Art. 19 Abs. 1 und Abs. 2 GG und der generellen Uneinschränkbarkeit mancher Grundrechte.⁴⁾

1) Damit ist auch kein Unterschied gegenüber der "Zwecklehre" auszumachen. Es gelten deshalb auch dieselben Gegenargumente. Vgl. oben S. 146 ff..

2) aaO S. 138.

3) vgl. die Angaben auf S. 106 Fußn. 6.

4) Vgl. Hamel S. 51: Die Strafanstalten "sind notwendig für den Bestand des Staates und haben daher Vorrang vor der Ausübung der Grundrechte, die erst durch den Staat gesi-

Eine neuere Literaturmeinung versucht dieses Problem im Sinne einer echten Konkurrenz zwischen Grundrechte und "bGe" zu lösen. Beide garantiere die Verfassung als "einander zugeordnete Teile der als Sinneinheit zu begreifenden Gesamtordnung, deren Eigentümlichkeit mit dem Bestand und Leben beider, sich gegenseitig ergänzender und bedingender Teilordnungen zusammenhängt"¹⁾. Daraus folge ein "Nebeneinander und Miteinander beider Lebensbereiche in der einen Verfassungsordnung"²⁾. Solche gegenseitige Begrenzung³⁾ führe dazu, daß im "bG" Grundrechtsbeschränkungen, in Maß und Form entgegen der ansonsten allgemeingültigen Grundrechtsschutzsystematik, nur unter folgenden Voraussetzungen zulässig seien: aa) Das "bG" müsse zur verfassungsmäßigen Ordnung gehören, d.h. seine Grundlagen in der Verfassung selbst finden oder durch die Verfassung erkennbar und belegbar vorausgesetzt sein.

chert werden". Ähnlich Böttcher, Diss. S. 67: Das Berufsbeamtentum werde seiner Tradition und seinem Wesen nach durch eine gegenüber der allgemeinen Rechtsstellung des Staatsbürgers verstärkte Pflichtbindung ausgezeichnet, die sich nur auf Kosten der Grundrechte verwirklichen könne. Wenn das Grundgesetz das Berufsbeamtentum als Einrichtung für den Staatsaufbau der BRD übernommen habe, dann habe es diese "notwendigen" Grundrechtsbeschränkungen für die Beamten anerkannt.

Vgl. auch OLG Celle NJW 1969, 673 f.; Altenhain JZ 1966, 18 ff., wonach im Bereich des Strafvollzugs die Grundrechte - soweit als zwingend erforderlich - schon von Verfassungs wegen eingeschränkt seien. Auf Gesetzesvorbehalte bzw. deren Ausschöpfung komme es nicht an. Vgl. weiterhin Schick ZBR 1963, 70; Münch JZ 1958, 73; Schnupp ZBR 1956, 343 ff.; Krüger ZBR 1956, 311; Fischbach DVBl 1951, 99 ff.; Kallisch AöR 79, 345; Spannagel, Diss. S. 23; Boehm, Diss. S. 135 ff.; Kieckebusch ZStrVO 1963, 362; OLG Frankfurt NJW 1964, 2073 f.; OVG Rhld.-Pf. DVBl 1956, 27 ff.; LVG Rhld.-Pf. DVBl 1952, 596 ff..

- 1) so Kröger AöR 88, 143.
- 2) so Kröger AöR 88, 144. Lerche, Grundrechte IV 1 S. 461 wendet sich gegen ein einfaches Ausnahme-Regel-Verhältnis beim Soldaten und spricht von "einem komplizierten Verhältnis gegenseitiger Abhängigkeit".
- 3) Um diese in Form einer Interessenabwägung erst zu ermöglichen, will Lerche, Grundrechte IV 1 S. 449 den Grundrechten institutionellen Gehalt zubilligen. Vgl. die Bedenken bei v. Hippel S. 64; Häberle S. 234 ff., da die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG dadurch in Frage gestellt werde.

bb) Seine Eigenart müsse eine Begrenzung der Grundrechte erfordern. Bei nur unwesentlichen Lebenserschwerungen bleibe es bei den allgemeinen Einschränkungen im "aG".

cc) Die Grundrechte dürften nur in dem Umfang begrenzt werden, der der Aufgabe verhältnismäßiger Zuordnung gerecht werde.¹⁾

Diesem Ergebnis widerspreche Art. 17a GG nicht. Ihm komme nur deklaratorische Bedeutung zu. Die Einschränkungen seien bereits aus der Institutionalisierung des Wehr- und Ersatzdienstverhältnisses heraus gerechtfertigt.²⁾ Wenn auch hin-

1) Vgl. Hesse, Grundzüge S. 134 ff., der einräumt, daß unter dem Grundsatz "praktischer Konkordanz" die Eigengesetzlichkeiten der "bGe" in diesem Umfange zur verfassungsmäßigen Ordnung gehörten. Vgl. auch Paetzold, Diss. S. 119 ff.; ebenso Mann DÖV 1960, 409 ff. für das Wehrdienstverhältnis: Das von einem bestimmten Zweck und Wesen geprägte militärische Lebensverhältnis sei dem Gesetzgeber vorgegeben. Die dadurch bedingten soldatischen Pflichten schränken die Grundrechte der Soldaten ein. Gerechtfertigt seien diese Maßnahmen durch die Institutionalisierung des militärischen Statusverhältnisses. Dies ergebe sich aus Art. 73 Nr. 1, Art. 12 Abs. 2 Satz 2 - 4, 17a GG. Die damit erfolgende unmittelbare und unvermeidliche Beschränkung der Grundrechte werde dadurch notwendig, daß die Grundrechte und die in der Verfassung garantierten Institutionen als Ganzes gesehen werden müßten. Vgl. auch Martens, Wehrverfassung S. 119 f.; Salzmann S. 102; Perschel S. 24; Dowie, Diss. S. 107 f.; Ullmann, Diss. S. 54 ff.; Lerche, Grundrechte IV 1 S. 447 ff. (460); Köttgen, Meinungsfreiheit S. 47 ff..

2) Vgl. Mann DÖV 1960, 411 l.Sp.: Art. 17a GG habe materiell-rechtlich nur die Bedeutung einer verfassungsrechtlichen Absicherung der bereits durch die Institution vorgegebenen Beschränkungen. Als Vorbehaltsschranke habe er nur deklaratorischen Charakter (S. 411 r.Sp.). Damit genüge, abgesehen von Art. 17a GG, grundsätzlich die verfassungsrechtliche Institutionalisierung als Ermächtigungsgrundlage für Einschränkungen. Ein formelles Gesetz sei folglich entbehrlich (S. 411 r.Sp.). Nebenbei bemerkt Mann, daß auch eine solche an Art. 80 GG zu messende Ermächtigungsgrundlage wegen der Vielfalt der notwendigen Eingriffe nicht zu verwirklichen sei. Dieses Ergebnis korrigiert Mann insofern, als er aus der Aufzählung der einschränkenden Grundrechte in Art. 17a GG folgert, daß, dem Willen des Verfassungsgebers entsprechend, nur die Grundrechte eingeschränkt werden könnten, die entweder in Art. 17a GG aufgeführt oder mit eigenem Gesetzesvorbehalt versehen sind und diese auch nur so weit, als der zum Teil spezifizierte Gesetzesvorbehalt reiche.

sichtlich der übrigen vom Grundgesetz anerkannten oder vorausgesetzten "bGe" eine solche ausdrückliche Regelung der Grundrechtseinschränkung, wie sie Art. 17a GG darstelle, angebracht wäre, so kann man doch "diese positiv-rechtlichen Idealregelungen nicht dazu benutzen, alle dahinter positiv-rechtlich zurückbleibenden Grundrechtsbeschränkungen vorbehalte, die sich aus Wesen und Zweck besonderer Gewaltverhältnisse ergeben, als verfassungswidrig zu betrachten"¹⁾. Selbst ein Teil jener Literatur, die Art. 17a GG konstitutiven Charakter beimißt, zieht primär die Anerkennung des Wehrdienstes durch die Verfassung als Einschränkunggrundlage für die Grundrechte der Soldaten heran.²⁾ Vereinbaren lasse sich solches deswegen, weil Art. 17a GG keine abschließende Regelung darstelle.³⁾ Seine Bedeutung liege darin, für das Wehr- und Ersatzdienstverhältnis zusätzliche Grundrechtseingriffe zu ermöglichen, die von der Statusbindung nicht mehr getragen würden. Verfassungsrechtlicher Sinn und besondere Funktion der Vorschrift erforderten allerdings, daß die "Gesetze" i.S. des Art. 17a Abs. 1 GG formell aufzufassen seien.⁴⁾ Gegen diese Interpretation des Art. 17a GG wenden sich die Vertreter der "Enumerationstheorie".⁵⁾ Art. 17a GG bilde einen besonderen Gesetzesvorbehalt mit konstitutiver Wirkung. Enumerativ werden die Grundrechte aufgezählt, in die der Gesetzgeber im Wehrverhältnis über die allgemeinen Eingriffser-

Rittau S. 125 ff. schließt aus Art. 17a GG, daß die hier genannten Grundrechte wegen ihrer Bedeutsamkeit nur durch formelles Gesetz eingeschränkt werden könnten. Bei den anderen Grundrechten dagegen sie unmittelbar auch die Exekutive zur Einschränkung berechtigt.
Vgl. auch Salzmann S. 102; Martens, Wehrverfassung S. 119 f.; Perschel S. 24.

1) so Dürig M-D-H Art. 17a Rdnr. 22.

2) vgl. Lerche, Grundrechte IV 1 S. 447 ff.; Ullmann, Diss. S. 54 ff..

3) vgl. Lerche aaO S. 461.

4) vgl. Lerche aaO S. 462; Ullmann, Diss. S. 170.

5) vgl. Dürig M-D-H Art. 17a Rdnr. 7 ff.; Mercker S. 4; Schäfer NJW 1956, 530; vgl. hierzu auch Dowie, Diss. S. 117 ff.; Ullmann, Diss. S. 44 ff.; 218 ff. mit jeweils weiteren Nachweisen.

mächtigungen hinaus¹⁾ eingreifen könne. Ebenso wie im Rahmen anderer Gesetzesvorbehalte müßten die Gesetze den Anforderungen des Art. 19 Abs. 1 und 2 GG genügen.²⁾ Grundrechte ohne Gesetzesvorbehalt würden uneingeschränkt gelten.³⁾ Die Folge, statusimmanente Schranken der Grundrechte im Militärverhältnis und damit auch in anderen "bGen" sind verfassungswidrig. Jede Einschränkung, sei sie noch so zwingend durch das Statusverhältnis geboten, bedarf nach dieser Ansicht zumindest im Wehrdienstverhältnis "eines verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehaltes und einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage"⁴⁾.

Allein aus der Erwähnung dieser Lebensverhältnisse in der Verfassung folgt nicht zwingend die verfassungsrechtliche Anerkennung ihrer überkommenen Sondergesetzlichkeiten, der ungebundenen Einschränkungbarkeit von Grundrechten.

Art. 17a GG spricht dagegen. Seine Einfügung in das Grundgesetz⁵⁾ beweist, daß der Verfassungsgesetzgeber eine inhaltliche Beschränkung der Grundrechte im Wehrdienstverhältnis ohne ausdrückliche Verfassungsänderung nicht für möglich hielt. Wenn dem entgegengehalten wird, die damalige politi-

1) Nicht berührt werden also durch Art. 17a GG die Gesetzesvorbehalte der einzelnen Grundrechte. Vgl. Ullmann, Diss. S. 44 m.w.N.; Breiting, Diss. S. 69: Dem Sinn der Vorschrift entspreche es nicht, den im "bG" lebenden Bürger besser zu stellen als den im "aG". Salzmann S. 97 führt an, daß nur gesetzestechnische Gründe ausschlaggebend waren, daß die allgemeinen Gesetzesvorbehalte nicht in Art. 17a GG aufgeführt wurden.

2) Dies folgt daraus, daß es sich in Art. 17a GG um einen echten Gesetzesvorbehalt handelt, nicht um immanente Schranken. So zutreffend Dürig M-D-H Art. 17a Rdnr. 20 bb) und cc).

3) Vgl. Dürig M-D-H Art. 17a Rdnr. 7: Die enumerative Aufzählung der Grundrechte bedeute, "daß nur diese Grundrechte dem Gesetzgeber zur weiteren Disposition stünden, alle anderen Grundrechte dem Soldaten und Ersatzdienstpflichtigen aber in grundsätzlich gleichem Umfange zustehen wie jedem Staatsbürger".

4) so Dürig M-D-H Art. 17a Rdnr. 20 bb).

5) durch Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 19. 3. 1956 (BGBl I S. 111); vgl. auch S. 135 der Arbeit.

sche Situation, die ablehnende Haltung vieler Bundesbürger gegen den Wiederaufbau der Wehrmacht, die heftigen Auseinandersetzungen zwischen Regierung und Opposition über die Wiedereinführung der allgemeinen Wehrpflicht¹⁾ spreche für einen bloßen deklaratorischen Charakter des Art. 17a GG,²⁾ wird verkannt, daß die Gegnerschaft gegen Wiederaufrüstung und Wiederbewaffnung, begründet mit der Angst vor einem Rückfall in die nationalsozialistische Zeit, erheblich angewachsen wäre, hätte man die vage Generalklausel des "bGes" für Grundrechtseinschränkungen der Soldaten als genügend erachtet. Die Umstrittenheit des Vorhabens dient eher als Argument dagegen. Bekräftigt wird dies letztlich durch die Verabschiedung des Art. 17a GG, ein Zugeständnis der Regierung an die Opposition, die eine ausdrückliche Normierung der abdingbaren Grundrechte gefordert hatte, da das "bG" keine Blankovollmacht für die Außerkraftsetzung der Freiheitsrechte bot.³⁾

Aus dem gleichen Grunde sticht auch das Argument nicht, der Verfassungsgesetzgeber habe das Wehrdienstverhältnis verfassungsrechtlich absichern wollen.⁴⁾ Wäre Art. 17a GG nicht erforderlich gewesen, der Verfassungsgesetzgeber hätte, angesichts der gegnerischen Haltung weiter Bevölkerungskreise, wohl nicht ohne Notwendigkeit dem Militärverhältnis Verfassungsrang verliegen und damit konserviert.

Zu dem Schluß, daß der Verfassungsgesetzgeber der Lehre vom "bG" im Wehrdienstverhältnis nicht folgen wollte, führt auch die Stellung des Art. 17a GG im Grundgesetz, einerseits nach den materiellen Grundrechten, andererseits vor dem Verwirksamkeitsbestand des Art. 18 GG. Dem Gesetzesvorbehalt einzel-

1) vgl. dazu die Verhandlungen des Bundestages, 2. Wahlperiode 1953, stenogr. Bericht S. 522 ff., 6819 ff., 6845 ff.; Drucksachen 124, 125; Verhandlungen des Bundestages, 120. Sitzung v. 19. 3. 1954, stenogr. Bericht S. 54 ff.; 155. Sitzung v. 16. 3. 1956, stenogr. Bericht S. 76 ff..

2) siehe Nachweise oben S. 155 Fußn. 2.

3) vgl. Fußn. 1 sowie Dürig M-D-H Art. 17a Rdnr. 18.

4) so aber vor allem Schick ZBR 1963, 71: "Für-alle-Fälle-Regelung"; vgl. auch Ullmann, Diss. S. 96.

ner Grundrechte nachgebildet, beinhaltet Art. 17a GG einen speziellen Gesetzesvorbehalt und stellt ebenso wie Art. 18 GG, nur nicht mit dessen Tragweite, eine Ausnahmebestimmung zu Art. 1 Abs. 3 GG dar. Mit diesem Inhalt bestätigt er die allgemeine Regel, daß Grundrechte nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden können, wobei Art. 19 Abs. 1 und Abs. 2 GG zu beachten ist.¹⁾ Um die im Wehrdienstbereich unentbehrlichen Grundrechtseingriffe verfassungsgemäß zu gestalten, positivierte der Verfassungsgesetzgeber ausdrücklich eine dahingehende Eingriffsermächtigung. Auch wenn man der herrschenden Meinung, trotz der Fragwürdigkeit ihrer These, zubilligt, daß Art. 17a GG einen Schluß auf die anderen "bGe" nicht erlaube, da die Lehre vom "bG" und Art. 17a GG beziehungslos nebeneinanderstünden,²⁾ führt kein Weg vorbei an der Ablehnung "institutionalisierter bGe", wie die nachfolgenden Ausführungen belegen.

aa) Art. 7 Abs. 1 GG bildet im Bereich des Schulwesens einen bindenden bundesrechtlichen Rahmen für die Landesgesetzgebung. In der Forderung staatlicher Aufsicht liegt nicht implizit die verfassungsrechtliche Anerkennung des vorgefundenen Schulsystems mit seiner grundrechtswidrigen Ausgestaltung. Gemäß Art. 123 Abs. 1 GG ist verfassungswidriges früheres Recht grundsätzlich aufgehoben. Eine Ausnahme von diesem Prinzip bedarf ausdrücklicher verfassungsrechtlicher Normierung. Art. 7 Abs. 1 GG, in dem von Grundrechtsbeschränkungen überhaupt nicht die Rede ist, erfüllt diese Voraussetzungen für den Schulbereich nicht, vor allem wenn man das ansonsten bis in die subtilsten Kleinigkeiten aufgegliederte Grundrechtsschema berücksichtigt.

bb) Ebenso rechtfertigt im Strafvollzug Art. 74 Nr. 1 GG nicht dessen verfassungsrechtliche Institutionalisierung im Sinne einer schrankenlosen Grundrechtsbeschränkung. Als bloße Gesetzgebungskompetenzregelung besitzt er weder institutionalisierende noch grundrechtseinschränkende Wirkung. Wäre

1) ähnlich Erichsen, Wolff-F. S. 240; Dame, Diss. S. 20 f..

2) vgl. Martens, Wehrverfassung S. 110; Ullmann, Diss. S. 96 m.w.N..

es anders, der Staat könnte, da jeder Materie eine Gesetzgebungskompetenz zugrunde liegt, alle erdenklichen soziologischen Sachverhalte institutionalisieren und sich auf diesem Weg weite Bereiche ungebundenen Handelns erschließen und so die Grundrechte vernichten.

In Art. 104 Abs. 1 und 2 GG gewährt die Verfassung vor allem dem Strafgefangenen besonderen Schutz. Der Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG wird spezifiziert; eine Verstärkung der in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG garantierten persönlichen Freiheit.¹⁾ Darin erschöpft sich die Funktion des Art. 104 GG. Für den Strafvollzug normiert er insbesondere nicht die Unbeachtlichkeit des geltenden Grundrechtsschutzsystems, die Entbehrlichkeit einzelner Gesetzesvorbehalte und die Nichtgeltung absoluter Schranken für Grundrechtseingriffe, wie Art. 1 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 2 GG. Es widerspräche seiner Natur als zusätzliche rechtsstaatliche Sicherung gegen hoheitliche Gewalt.

cc) Allgemein wird das Berufsbeamtentum in Art. 33 Abs. 4 und 5 GG als "institutionalisiert" angesehen.²⁾ Daraus folgt aber noch nicht eine zum "aG" unterschiedliche, besondere Beschränkbarkeit der Grundrechte. Die "hergebrachten Grundsätze" des Art. 33 Abs. 5 GG sind im Lichte der geltenden Verfassung zu betrachten.³⁾ Nach der gegenwärtigen Verfassungslage, vor allem der durch Art. 1 Abs. 3, 79 Abs. 3 GG gegenüber der Weimarer Verfassung erfolgten Aufwertung der Grundrechte, erscheint es unvertretbar, daß die das "bG" institutionalisierende Norm von vornherein stärker sein soll als die die Freiheitssphäre des einzelnen garantierenden Grundrechtsartikel.⁴⁾ Art. 33 Abs. 5 GG bildet weder eine lex specialis gegenüber den Grundrechten⁵⁾ noch beinhaltet

1) Dürig M-D-H Art. 104 Rdnr. 1 spricht von einer Ergänzung durch "weitere wichtige Rechtsgarantien".

2) siehe oben S. 110.

3) vgl. oben S. 111/112.

4) Bekräftigt wird diese Aussage durch die Funktion des Rechtsstaates, die ihm zugrunde liegende Freiheitsidee zu verwirklichen. Vgl. oben S. 1 ff..

5) So aber Fischbach BBG S. 26: "Dem Beamten stehen die glei-

er eine höherrangige Entscheidung des Verfassungsgebers.¹⁾

Als Argument dient allerdings nicht die systematische Stellung der Norm außerhalb des Grundrechtsteils mit der Folge, daß sie deshalb keine allgemeine Einschränkung der Grundrechte enthalten könne. Das Grundgesetz kennt keinen solchen schematischen Aufbau. Art. 21, 33 Abs. 1 - 3, 55 Abs. 2, 103, 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 - 3 WRV zeigen, daß auch außerhalb des 1. Abschnittes des Grundgesetzes Grundrechtsgewährleistungen und -einschränkungen normiert sind. Das Ergebnis bestätigt aber die allgemeine Fassung des Art. 33 Abs. 5 GG. Berücksichtigt man, daß der Verfassungsgeber mit dem Erlass des Grundgesetzes mit der Vergangenheit endgültig brechen und einen Neubeginn statuieren wollte, was sich nicht zuletzt in Art. 1 Abs. 3, 79 Abs. 3 GG widerspiegelt, dürfte es nicht seinem Willen entsprechen haben, durch die weite, unbestimmte Formel der "hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums" das "vorrechtliche Gesamtbild"²⁾ der überkommenen Institution des "bGes", entgegen dem Wortlaut der Grundrechte, in die Verfassung aufzunehmen. Auch wenn teilweise eingeräumt wird, Art. 33 Abs. 5 GG wende sich in erster Linie an den Gesetzgeber und sei als eine Art. Gesetzesvorbehalt zu verstehen, was dazu führe, daß die Exekutive nicht selbst unmittelbar regelnd tätig werden könne,³⁾ ist eine solche Interpretation aus grundrechtlicher Sicht unhaltbar. Eine generalklauselartige Ermächtigung an den Gesetzgeber entsprechend Art. 33 Abs. 5 GG, die ihm die Möglichkeit eröffnet, die Grundrechte en bloc und ohne besondere Bindung einschränken zu können, widerspräche dem verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutzsystem, das im Enumera-

chen Grundrechte wie jedem Staatsbürger zu; es ist jedoch verfassungsrechtlich anerkannt, daß sie inhaltlich nach den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums auszurichten sind." Vgl. auch Thieme, Öffentl. Dienst S. 70; Dame, Diss. S. 20 f.; Lauxmann, Diss. S. 69; Bochalll S. 1; Kröger AöR 88, 143 Anm. 109 m.w.N..

1) so jedoch ausdrücklich Cornelius-Gester-Woschech S. 14.

2) so Schick ZBR 1963, 68/69.

3) vgl. Dürig M-D-H Art. 33 Rdnr. 72, 78 ff.; Fuß DÖV 1972, 767 etc..

tionsprinzip der Gesetzesvorbehalte¹⁾, in der grundsätzlichen Uneinschränkbarkeit einzelner Grundrechte und in der Bindung des Gesetzgebers an Art. 19 Abs. 1 und 2 GG zum Ausdruck kommt. Der Einwand, das Grundgesetz gebrauche dem Ausdruck "hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums" ähnlich weitgefaßte Begriffe, wie z.B. "Sittengesetz" in Art. 2 Abs. 1 GG oder "Wohle der Allgemeinheit" in Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG,²⁾ dringt nicht durch. Die Verfassung regelt die rechtliche Grundordnung des Staates. Sie benötigt ausfüllungs- und auslegungsbedürftige Begriffe. Insoweit ist gegen die Wendung "hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums" nichts einzuwenden. Legt man ihr jedoch einen verfassungswidrigen Inhalt bei, wie hier, im Gegensatz zu den anderen oben erwähnten Begriffen, geschehen, ist sie unzulässig. Bieten sich mehrere Interpretationsmöglichkeiten an, so ist diejenige zu wählen, die mit der Verfassung in Einklang steht. Auf Art. 33 Abs. 5 GG angewandt, bedeutet es, daß die "hergebrachten Grundsätze" nur insoweit zu berücksichtigen sind, als der Gesetzgeber gehalten ist,³⁾ sie in dem ihm von der Verfassung abgesteckten Rahmen (Art. 1 Abs. 1, 19 Abs. 2 GG etc.) zu verwirklichen. Um wenigstens einen Teil des tradierten Inhalts des Berufsbeamtentums als "bG" zu erhalten, erwägt Krüger⁴⁾ die Möglichkeit, daß sich Art. 33 Abs. 5 GG nur auf die Rechte der Beamten, nicht aber auf ihre grundrechtseinschränkenden Pflichten beziehe. Dem widerspricht die allgemeine Auffassung, wonach diese Vorschrift in bewußter Abkehr von Art. 129 WRV nicht die "wohlerworbenen Rechte" des Beamten, sondern die Institution des Berufsbeamtentums sichern will.⁵⁾ Damit ist auch die Pflichtenseite des Beamtenverhältnisses umfaßt.

1) siehe auch Art. 17a GG.

2) vgl. Schick ZBR 1963, 71.

3) Verfassungsauftrag; vgl. auch Art. 6 Abs. 5 GG.

4) ZBR 1956, 309 ff.; vgl. auch schon Forsthoff DÖV 1951, 460 ff..

5) vgl. z.B. BVerfGE 3, 58 ff. (137); 8, 1 ff. (11 f.).

f) Grundrechtsverzicht:

Eine weit verbreitete Ansicht sieht in dem freiwilligen Eintritt in ein "bG" einen Verzicht auf Grundrechtspositionen in dem Umfang, als es der Zweck dieses Verhältnisses erfordert.¹⁾

aa) Genereller Verzicht:

Ohne weiter zu differenzieren, bildet für die Mindermeinung der Verzicht auf die Grundrechte die Rechtfertigung für die besonderen grundrechtseingreifenden Maßnahmen des "bGes". Ein wirksamer Verzicht müsse allerdings folgende Voraussetzungen erfüllen:

1. Der Verzicht dürfe zeitlich nicht total sein; d.h. dem Unterworfenen müsse die Austrittsmöglichkeit aus dem "bG" eingeräumt sein.
2. Der Verzicht dürfe nicht gegenständlich absolut sein; er gehe nur so weit, wie der Zweck des "bGes" reiche und erstrecke sich außerdem nicht auf den Wesensgehalt der Grundrechte.
3. Dem Verzicht müsse echte Freiwilligkeit innewohnen; ob eine solche vorliege, könne nur im Einzelfall bestimmt werden.²⁾

Nur unter diesen Voraussetzungen stelle die im Verzicht enthaltene einseitige Willenserklärung eine Verfügung über die Grundrechte mit der Folge ihres Erlöschens dar.

Diese Meinung, die ohnehin nur die freiwillig eingegangenen "bGe" rechtfertigen könnte, wird heute zu Recht überwiegend abgelehnt.³⁾

1) vgl. die Nachweise in Fußn. 2 und S. 167 Fußn. 1.

2) vgl. Ulmer, Diss. S. 47; ähnlich Bender-Fürst S. 58; Kröger, Diss. S. 85 f.; Oeltze, Diss. S. 79; Freudenberger, Beiträge S. 191; Köhl NJW 1953, 1373; Münch, Diss. S. 28; Krüger NJW 1953, 1372; DVBl 1950, 625. Abgewandelt Maunz StR S. 151 f., der zwischen "staatsgesetzlichen" und "überstaatlichen" Grundrechten differenziert. Während die ersteren durch die staatliche Rechtsordnung geschaffen werden, sollen die letzteren ihren Ursprung nicht in der staatlichen Rechtsordnung haben, bedürften daher nicht der Anerkennung des Staates und könnten von ihm nicht rechtswirksam entzogen werden. Daraus folge, daß ein Verzicht auf die Grundrechte bei Eintritt in ein "bG" nur bei den staatsgesetzlichen möglich sei.

3) vgl. die Nachweise S. 167 Fußn. 1.

Umstritten ist schon, ob grundsätzlich auf subjektiv-öffentliche Rechte verzichtet werden kann.¹⁾ Die Vertreter der Unverzichtbarkeitslehre befinden sich im Vordringen.²⁾ Schließt man sich ihnen an, sind auch Grundrechte unverzichtbar. Überzeugt die Gegenmeinung, wird keine Entscheidung hinsichtlich der Grundrechte präjudiziert. Offengelassen ist, ob ihre besondere Natur nicht gerade zu einer Ausnahme von der allgemeinen Regel zwingt. In der Tat tut sie es.

Als Menschenrechte sind ein Teil der Grundrechte³⁾ dem Menschen von Natur aus vorgegebene Individualrechte. Sie entspringen seiner sittlichen Natur und sind folglich ebenso wenig wie diese disponibel.⁴⁾ Demgemäß bekannt sich das Grundgesetz in Art. 1 Abs. 2 GG zu den "unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten". Unverzichtbar sind daher jene Grundrechte für ihren Träger.⁵⁾

Die Unverzichtbarkeit beschränkt sich aber nicht auf die

-
- 1) Dies stellt insoweit kein spezielles Problem des "bGes" dar.
 - 2) Vgl. einerseits Mayer VerwR (3) I S. 117 ff.; v. Sarwey S. 421 ff.: Das Wesen eines subjektiven öffentlichen Rechtes bestehe gerade darin, daß es verzichtbar sei. Der Verzicht bilde einen der Hauptfälle der Verfügung über das Recht. Die Verfügbarkeit über das Recht erst gliedere den öffentlichen Anspruch aus dem rein objektiven öffentlichen Recht aus und verschaffe dem einzelnen die persönliche Rechtsmacht über die hoheitliche Gewalt. Vgl. andererseits Jellinek, System S. 340, wonach grundsätzlich ein Verzicht auf ein öffentliches Recht unzulässig sei. Zu dieser Problematik vgl. die umfassende Darstellung bei Leippert, Diss. S. 1 ff. (62 ff.); vgl. auch Frieß S. 16 ff. m.w.N.. Für die Unverzichtbarkeit besonders Mangoldt-Klein S. 138 f.; Ule, Öffentl. Dienst S. 616; Grewe S. 51; Löffler NJW 1964, 1102.
 - 3) so z.B. das Recht auf Leben, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, das Recht auf Freiheit, Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; dagegen nicht Art. 10 GG.
 - 4) Vgl. Coing S. 178: "Man kann sich ihrer (der Menschenrechte) nicht nach Belieben entäußern; denn sie kommen dem Menschen nicht um seiner Willkür willen, sondern wegen seiner sittlichen Bestimmung zu." Vgl. auch Krüger DVBl 1950, 629; Köttgen R-St-W Bd. 4, 236 und die Ausführungen S. 134 f. der Arbeit.
 - 5) vgl. ausführlich hierzu Frieß, Diss. S. 164 ff..

Menschenrechte,¹⁾ sondern gilt für alle Grundrechte. Sie sind Bestandteil und Ausfluß der menschlichen Würde, Gemäß Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG besteht die objektive Verpflichtung aller Staatsgewalt, die Menschenwürde zu schützen. Demnach verbietet die freiheitlich-demokratische Grundordnung, den einzelnen zum bloßen Objekt staatlichen Handelns zu degradieren.²⁾ Als oberstes Prinzip gilt es für die gesamte Rechtsordnung, auch für die "bGe"³⁾. Davon den Staat zu entbinden, vermag auch nicht das subjektive Einverständnis des einzelnen. Der Staat darf niemals einen menschenunwürdigen Zustand dulden, selbst wenn ihm die freie Entscheidung des Betroffenen zugrunde liegt.⁴⁾

Wenn demgegenüber eingewandt wird, die Grundrechte beinhalten Freiheitsverbürgungen und die größte Freiheit bestehe eben darin, daß der einzelne auch auf sie verzichten könne,⁵⁾ verkennt diese Meinung das Wesen und die Funktion der Grundrechte im demokratischen Staat. Begreift man den Staat als einen Prozeß, in dem sich die Staatsgewalt entsprechend den verfassungsrechtlichen Spielregeln ständig neu konstituiert,⁶⁾ wandelt sich demgemäß das Verständnis der Freiheitsrechte. Sie bilden nicht mehr bloße Ausgrenzungs- und Abwehrrechte des einzelnen gegenüber dem Staat, sondern sie beinhalten gleichzeitig einen gemeinsamen Auftrag für beide Teile zu ihrer Verwirklichung. Auch der Bürger wird damit verpflichtet, über die Grundrechte positiv an der Gestaltung der staatlichen Wirklichkeit mitzuwirken. Dieser Verpflichtung darf er sich nicht entziehen können, indem er einfach auf die Grundrechte verzichtet. Berücksichtigt man weiterhin, daß die Grundrechte die freiheitlich-demokratische Staats-

1) Bachof VVDStRL 12, 60 spricht von einer "Vorstaatlichkeit".

2) vgl. oben S. 135.

3) siehe S. 178 der Arbeit.

4) Vgl. Cornelius-Gester-Woschech S. 19: Notfalls müsse der Staat den einzelnen auch gegen seinen Willen in seiner Grundrechtssphäre schützen. Vgl. hierzu auch Leisner, Grundrechte S. 149 f.; Friess, Diss. S. 153 ff..

5) vgl. die Angaben auf S. 164 Fußn. 2.

6) siehe oben S. 66.

ordnung erst konstituieren, indem sie als Garantie der individuellen Freiheit wirtschaftliche Entfaltung, eigene Willensbildung, ständige geistige Auseinandersetzung etc. ermöglichen. Über aber die Grundrechte insoweit staatserschaltende Funktion aus,¹⁾ darf ihr Bestand nicht dem Belieben des einzelnen überlassen bleiben.

Das Argument, der Grundrechtsverzicht könne doch zumindest im "bG" zugelassen werden, da er hier auf einen begrenzten Personenkreis **beschränkt** bleibe, überzeugt nicht. Ein großer Teil der Bevölkerung lebt in freiwillig eingegangenen "bGen". Diese Bereiche wären rechtsstaatswidrig ausgehöhlt; ein Zustand, den die Verfassung nicht duldet. Lasse man solche Einbrüche der Verzichtstheorie in den Grundrechtsbestand dennoch zu, würde man die Gefahr einer Ausweitung der Zulässigkeit des Verzichts auf das "aG" geradezu heraufbeschwören. Es gilt, den Anfängen zu wehren.

bb) Ausübungsverzicht:

Die Mehrheit der Befürworter eines Grundrechtsverzichts im "bG" unterscheiden zwischen Rechts- und Ausübungsverzicht. Während der Verzicht auf die Grundrechte generell unzulässig sei, könne man im Einzelfall auf ihre Ausübung verzichten. Insoweit werde der Bestand der Grundrechte nicht tangiert, da der einzelne nur die Geltendmachung ausschließe. Ähnlich dem generellen Grundrechtsverzicht²⁾ unterliegt auch der Ausübungsverzicht gewissen Beschränkungen:

1. Der einzelne verzichte nicht auf die Ausübung von Grundrechten überhaupt, sondern nur gegenüber seinem Gewaltherrn.
2. Sein Verzicht beschränke sich auf diejenigen Grundrechte, deren Geltendmachung dem Zweck des "bGes" zuwiderlaufe.
3. Nur für die Dauer seiner Zugehörigkeit verzichte der Gewaltunterworfenen auf bestimmte Grundrechte.
4. Ihm muß das Recht eines jederzeitigen Widerrufs des Verzichts eingeräumt sein, d.h. die Möglichkeit eines freiwilligen Ausscheidens aus dem "bG" darf ihm nicht vom Gewalt-

1) Erichsen, Wolff-F. S. 238/239 bezeichnet es als "überindividuelle, staatsstrukturierende Funktion".

2) siehe oben S. 163.

herr versperrt sein.¹⁾

- 1) vgl. Krüger DVBl 1950, 629; BayerBZ 1950, 238; NJW 1953, 1372 f.; Ferwo ZBR 1956, 110 ff.; ähnlich schon früher Loening Lb S. 11 ff.; Fleiner Inst. (8) S. 170. Vgl. auch OberarbG Rhld.-Pf; DVBl 1954, 684; OVG Koblenz DVBl 1956, 27 ff. (28): "Die Einschränkung der Ausübung der Grundrechte kann verfassungsrechtlich um so eher zugelassen werden, als sich der Beamte durch den Eintritt in den öffentl. Dienst diesem besonderen Pflichtenkreis freiwillig unterworfen hat."

Mann DÖV 1960, 410: Grundsätzlich sei die Möglichkeit des Verzichts auf gewisse Grundrechtsbetätigungen innerhalb zeitlicher und sachlicher Grenzen möglich. Notwendig sei jedoch wegen der umfassenden Pflichtenbindung, der Dauer und der großen Intensität des amilitärischen Statusverhältnisses bei berufsmäßigen Soldaten die Billigung durch die Verfassung notwendig. Diese liege in der Institution des Militärverhältnisses nach Art. 73 Nr. 1, 17a GG. Koellreutter StR S. 52 f. beschränkt den Ausübungsverzicht auf die staatsbürgerlichen Grundrechte und nimmt damit die Menschenrechte aus.

Dürig ZStW Bd. 109, 327 f. folgert aus dem Wort "Ausmaß" in Art. 18 Satz 2 GG, daß die Grundrechte nicht völlig aberkannt werden können. Dies widerspräche auch Art. 1 Abs. 2 GG ("unveräußerlich"). Damit regelt Art. 18 GG nur eine partielle "Rechtsausübungsminderung". Das Recht als solches werde nicht berührt. Nicht anders sei es beim Verzicht. Wer daher freiwillig in ein "bG" eintrete, könne nicht auf das Grundrecht selbst verzichten, sondern er begebe sich lediglich in einem durch die Natur des "bGes" bestimmten Umfang der Möglichkeit des Gebrauchs des Grundrechts. Vgl. auch in M-D-H Art. 18 Rdnr. 58 ff.. Die Zulässigkeit des Ausübungsverzichts begründet Dürig AöR 81, 152 ff. aus Art. 1 Abs. 1 GG. Wenn man, wie es geboten sei, alle Grundrechtsprobleme unter dem Hintergrund der Menschenwürde betrachte, damit auch die in ihr verbürgte persönliche Freiheit, so müsse man rechtlich auch jene individuelle Freiheit, keinen Gebrauch zu machen von bestimmten Erscheinungsformen, anerkennen. Vgl. auch Münch, Diss. S. 27; Rauch, Diss. S. 37.

Während Dürig in jedem Grundrecht inzident die Freiheit zum Nichtgebrauch enthalten sieht, greift BVerwG MDR 1962, 597 ff. auf Art. 2 Abs. 1 GG als Konkurrenznorm zurück. Die grundsätzlich unverzichtbaren Grundrechte müßten aber in ihrer Konkurrenz mit dem in Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gesehen werden. Die zivilrechtliche Privatautonomie entspreche im öffentlichen Dienstrecht der Freiheit, dienstnotwendige Beschränkungen auf sich zu nehmen. Der Ausgleich zwischen den an sich unverzichtbaren, jeweils betroffenen Grundrechtsnormen und dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG könne nur durch eine Interessenabwägung im Einzelfall gefunden werden. Kritisch zu diesem Urteil Böttcher, Diss. S. 60 ff..

Der Aufteilung des Verzichts in einen Rechts- und Ausübungsverzicht kann aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden. Wie sich aus § 226 BGB¹⁾ ergibt, kennt unsere Rechtsordnung eine vom Recht getrennte Ausübungsbefugnis, die durchaus ein eigenes Schicksal erleiden kann. Was aber im bürgerlichen Recht gilt, gilt noch lange nicht im öffentlichen. § 226 BGB bildet eine Ausnahmenvorschrift, was schon einer Ausdehnung im Privatrecht, geschweige denn ins öffentliche Recht, entgegensteht. Eine entsprechende Regelung im Verfassungsrecht fehlt. Auch im Grundrechtsteil wird nicht zwischen Ausübungs- und Rechtsbeschränkung unterschieden;²⁾ ein Indiz, daß im Rahmen des Verzichts Trennung zwischen Ausübung und Innehabung der Grundrechte unzulässig ist.

Ein weiteres Argument folgt aus der Natur des Ausübungsverzichts. Er beinhaltet den Entschluß des Rechtsinhabers, seine Rechte nicht auszuüben. Als innerer "geistig-resignierender" Akt dringt er nur insoweit nach außen, als im gegebenen Falle tatsächlich von dem Recht kein Gebrauch gemacht wird. Der Verzicht stellt demnach für sich noch keinen wirksamen rechtlichen Vorgang dar.³⁾ Wenn er aber dem rechtsfreien Raum zugehört, kann aus ihm nicht die Legitimation zu verfassungsrechtlicher Änderung, zur Freistellung der Staatsge-

-
- 1) Wortlaut: "Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen."
 - 2) Auch Art. 18 GG bezieht sich nicht auf die Grundrechtsausübung. Satz 1 spricht ausdrücklich von Verwirkung der Grundrechte. Dieses Argument kann Dürig M-D-H Art. 18 Rdnr. 63 durch seinen Hinweis auf die Entstehungsgeschichte nicht entkräften, sondern allenfalls abschwächen. Das Wort "Ausmaß" in Satz 2 kann sich ebenso gut auf die Anzahl der verwirkten Grundrechte beziehen. Denkbar wäre auch die Interpretation, daß die in Art. 18 GG genannten Grundrechte partiell aberkannt werden könnten und Satz 2 klarstellen sollte, welche Lebensbereiche davon erfaßt sind. Der Verweis Dürigs auf die "unveräußerlichen" Menschenrechte im Rahmen des Art. 18 GG (vgl. S. 167 Fußn. 1) geht fehl, da in dieser Vorschrift keine Menschenrechte aufgeführt werden.
 - 3) Das zeigt sich schon darin, daß im Gegensatz zum Rechtsverzicht beim Ausübungsverzicht die Rechtsstellung des Rechtsinhabers auch nicht geschmälert wird. Vgl. hierzu auch Englisch ZStW Bd. 108, 385 ff. über die Abgrenzung des rechtsfreien Raums.

walt von grundrechtlicher Bindung abgeleitet werden.

Vergleicht man letztlich Ausübungs- und Rechtsverzicht, ergibt sich aus grundrechtlicher Sicht faktisch kein Unterschied. Hinsichtlich tatsächlicher Stellung und Funktion der Grundrechte ist es gleichgültig, ob während des Zeitraums der Zugehörigkeit zum "bG" die Innehabung des Grundrechts selbst oder die bloße Ausübungsbefugnis entzogen wird. Der Wert eines Grundrechts zeigt sich ausschließlich in der Möglichkeit seiner Ausübung. Fehlt die Durchsetzbarkeit, ist das Recht wertlos - ein "nudum ius".¹⁾ Demnach besteht kein sachlicher Unterschied zwischen Rechts- und Ausübungsverzicht. Die Folge, die angeführten Erwägungen gegen die Zulässigkeit des ersteren²⁾ gelten ebenso für den letzteren. Beide sind im Ergebnis damit unzulässig.³⁾

Daran ändert auch nichts die oft betonte "Widerruflichkeit" und die mit diesem Argument begründete andauernde "Freiwilligkeit", von dem Eintritt in ein "bG" bis zum Ausscheiden.⁴⁾ Das "bG" soll nach einer neueren Definition⁵⁾ der Exekutive für die Fälle "objektiver Unvorhersehbarkeit" den notwendigen Handlungsspielraum gewähren. Ist schon fragwürdig, ob sich der Eintretende voll bewußt ist, daß er sich grundsätzlich rechtsstaatlichen Schutzes begibt, muß er jedenfalls von vornherein entscheiden, daß er in allen möglichen, objektiv unvorhersehbaren Konfliktsfällen im "bG" zwischen der Staatsgewalt und seinen Grundrechten auf die Ausübung der Grundrechte verzichten werde. Er verzichtet auf etwas, "dessen Konturen sich noch gar nicht absehen lassen"⁶⁾. Ange-

1) Vgl. Schick ZBR 1963, 69, der feststellt, daß Rechte nur dann rechtlich anerkannt seien, "wenn sie mit rechtlichen Mitteln geltend gemacht und durchgesetzt werden können". Vgl. auch Dürig AöR 81, 152; Leisner DVBl 1960, 624; Engisch S. 17.

2) siehe oben S. 164 ff..

3) Dürig AöR 81, 152 bezeichnet zu Recht die Aufspaltung als "unzulässigen Kunstgriff".

4) siehe oben S. 166/167.

5) vgl. vor allem Paetzold, Diss. S. 119 ff.; vgl. auch S. 22/23 der Arbeit; ähnlich schon Mayer AöR 3, 55.

6) so Lerche DVBl 1954, 628 Fußn. 26; vgl. auch Thieme, HochschulR S. 305.

sichts dieser Unbestimmtheit des antizipierten Grundrechtsverzichtes¹⁾ und der Tatsache, daß echte Freiwilligkeit erst in dem Augenblick der Kollision zwischen Hoheitsmaßnahme und Grundrechte vorliegt,²⁾ stützt auch das Argument der "Freiwilligkeit" die Verzihtslehre nicht. Wenn man darauf hinweist, daß eben dann der Gewaltunterworfenen durch sein Beharren im "bG" zum Zeitpunkt des Erlasses der Maßnahme erst auf die Grundrechtsausübung verzichte, wird die jederzeitige Austrittsmöglichkeit verkannt. Rechtlich besteht sie zwar, faktisch aber nicht. Nach langen Jahren Staatsdienst bildet das Dienstverhältnis meist die Existenzgrundlage des Beamten. Eingearbeitete Stellung, Fachwissen, Pensionsanspruch und Alter hindern ihn, in die freie Wirtschaft zu wechseln.³⁾ Auch beim Besuch von weiterführenden Schulen kann von einer echten Freiwilligkeit nicht die Rede sein. So ist für akademische Berufe Abitur und Hochschulstudium erforderlich. Wer einen solchen Beruf anstrebt, ist gezwungen, ein Gymnasium zu besuchen.⁴⁾ Da der Staat mit dieser Einrichtung nahezu ein tatsächliches Monopol ausübt, bleibt dem einzelnen meist keine andere Wahl als ein staatliches Gymnasium zu besuchen.⁵⁾

-
- 1) vgl. schon Mayer AöR 3, 55: "Eine gewisse Unbestimmtheit der Pflichten, welche der Verfügung des Gewalthabers Spielraum läßt, gehört ... zum Begriff des Gewaltverhältnisses."
 - 2) Dann erst dringt auch der Verzicht durch die Passivität des einzelnen nach außen.
 - 3) Vgl. Thieme, HochschulR S. 58: "Den Beamten, der kraft seines Berufs nach einer gewissen Zeit in anderen Berufen keine echte Chance mehr hat, auf die Möglichkeit des freiwilligen Ausscheidens aus dem Dienst zu verweisen, scheint kaum zumutbar." Leisner DVBl 1960, 619 bezeichnet die Austrittsmöglichkeit als "theoretische Abwehr". Nach Donle, Diss. S. 68 ist es "schändlicher Zynismus", einen alten Beamten auf die Möglichkeit des Ausscheidens zu verweisen. Vgl. weiterhin Obermayer VA S. 88; Lauxmann, Diss. S. 63.
 - 4) Vom zweiten Bildungsweg sei einmal abgesehen.
 - 5) Zutreffend Bachof VVDStRL 12, 59: "Überall dort, ... wo ein rechtliches oder auch nur tatsächliches Monopol des Gewaltträgers vorliegt, ... kann von einer freiwilligen Unterwerfung nicht die Rede sein" Ähnlich Thieme, HochschulR S. 345; Evers, Gewaltverh. S. 8.

cc) Verzicht im Rahmen der Vorbehaltsschranken:

Eine dritte Meinung sieht die verfassungsmäßige Lösung in einem Verzicht innerhalb der auch für den Gesetzgeber geltenden Schranken, wie Begrenzung durch die Gesetzesvorbehalte, Art. 1 Abs. 1, 19 Abs. 1 und 2 GG. Grundrechte, die für den Gesetzgeber unantastbar seien, dürften ebenso nicht durch Verzicht abbedungen werden. Im Hinblick auf die gesetzmäßige Freiheit erwecke eine derart reduzierte Einwilligung keine Bedenken.¹⁾

Dem kann nicht zugestimmt werden.

Von den anderen Ansichten unterscheidet sich diese nur dadurch, daß die Rechtfertigung des Verzichts aus der gesetzgeberischen Eingriffsbefugnis in die Grundrechte abgeleitet wird. Richtig wäre dies dann, wenn der individuelle Wille dem Gesetz gleich erachtet werden könnte. Wie die Ausführungen zum Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes zeigen,²⁾ ist es nicht der Fall. Die Zustimmung des Betroffenen kann die notwendige gesetzliche Legitimation der Verwaltungsmaßnahmen nicht ersetzen.

g) Treueverhältnis im "bG":

aa) Beschränkung auf Beamten- und Wehrverhältnis:

Für das Beamtenverhältnis normiert Art. 33 Abs. 4 GG: "Die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse ist als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen." § 2 Abs. 1 BBG bestimmt: "Beamter ist, wer ... in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis (Beamtenverhältnis) steht." Als Ausdruck besonderer Treueverpflichtung hat der Beamte den Diensteid gemäß § 40 Abs. 1 BRRG, § 58 BBG zu leisten.³⁾

1) Vgl. Forsthoff Lb S. 128: Der Verzicht auf grundrechtliche Freieitsverbürgungen sei soweit möglich, soweit diese durch den Gesetzesvorbehalt eingeschränkt sind (so Art. 2 Abs. 2, 5, 8 Abs. 2, 10, 11, 13, 14 und 16 GG) und zwar jeweils soweit der Gesetzesvorbehalt reiche. Vgl. auch Schick ZBR 1963, 70; Merkl VVDStRL 7, 97 f..

2) siehe S. 113 ff. der Arbeit.

3) Im Gegensatz zum Soldateneid ist nicht direkt von Treue die Rede. Vgl. nachfolgende Darstellung.

§ 7 SoldatG regelt für den Soldaten die Grundpflicht: "Der Soldat hat die Pflicht, der Bundesrepublik Deutschland treu zu dienen und das Recht und die Freiheit des deutschen Volkes tapfer zu verteidigen." Der Berufssoldat oder der Soldat auf Zeit (Freiwilliger) leistet gemäß § 9 Abs. 1 SoldatG folgenden Eid: "Ich schwöre, der Bundesrepublik Deutschland treu zu dienen und das Recht und die Freiheit des deutschen Volkes tapfer zu verteidigen, so wahr mir Gott helfe."¹⁾ Das Gelöbnis des Wehrpflichtigen lautet nach § 9 Abs. 2 SoldatG: "Ich gelobe, der Bundesrepublik Deutschland treu zu dienen und das Recht und die Freiheit des deutschen Volkes tapfer zu verteidigen."

Für die anderen klassischen "bGe", dem Schul- und Strafvollzugsverhältnis, fehlen entsprechende Regelungen. Nach allgemeiner früherer und gegenwärtiger Auffassung kennzeichnet sie nicht das Element gesteigerter Treueverpflichtung. Wollte man den Begriff des "bGes" unter diesem Gesichtspunkt aufrechterhalten, er wäre beschränkt auf das Beamten- und Soldatenverhältnis. In der Tat billigte und billigt man vorwiegend noch in diesen Bereichen dem Begriff der Treuepflicht erkennbaren juristischen Inhalt zu. Unter Berufung hierauf lasse sich gegenüber dem "aG" die Rechtsstellung der Beamten und Soldaten begrenzen und die Pflichtenstellung erweitern.²⁾

bb) Treuepflicht gegenüber einer Person:

Nach dem PreußALR standen die Soldaten und Beamten in einem

1) Die letzten Worte können weggelassen werden.

2) Vgl. Fischbach DVBl 1951, 100: "Das alles überdeckende öffentlich-rechtliche Dienst- und Treueverhältnis schafft aber hinsichtlich der Grundrechte gewisse gesetzlich vorgeschriebene wie ungeschriebene aber hergebrachte Bindungen,"

Krüger ZBR 1956, 310: Die Einschränkungen gewisser Grundrechte folgten jedenfalls daraus, daß das beamtenrechtliche "bG" von Verfassungs wegen ein öffentlich-rechtliches Treueverhältnis ist.

OVG Lüneburg DVBl 1954, 255 ff. (257/258): Das Grundrecht der freien Meinungsäußerung trete beim Beamten hinter die im Treueverhältnis begründeten besonderen Pflichten zurück.

IVG Rhld.-Pf. DVBl 1952, 596 ff.: Die Grundrechte hätten ihre Schranken in den Pflichten, die den Angehörigen des öffentlichen Dienstes gegenüber dem Dienstherrn obliegen, vor allem in der besonderen Treuebindung an den Staat.

öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis, das sie über das allgemeine Staatsbürgerverhältnis hinaus zu besonderer Treue gegenüber dem Dienstherrn verpflichtete.¹⁾ Diese besondere Bindung leitete sich aus dem persönlichen, patrimonial strukturierten Verhältnis des Staatsdieners zum monarchischen Staatsoberhaupt ab. Gekennzeichnet durch Elemente wie "Treue", "Gehorsam" und "Disziplin" hat jenes letztlich seinen Ursprung in der altgermanischen Gefolgschaft und in der Vasallität des Mittelalters.²⁾ Solch ein Verständnis, die personale Beziehung, die persönliche Verbundenheit zwischen Gewaltunterworfenem und Herrscher, ermöglichte eine vorbehaltslose Identifizierung des Beamten und Soldaten mit dem Staat, verkörpert im Monarch, der Staatsidee und Staatsgewalt. Entbehrlich war eine gesetzliche Normierung ihrer Rechte und Pflichten. Im Interesse des Staates waren Herrschaftsgewalt und als ihr Pendant die Gehorsamspflicht unbegrenzt, die unterworfenen Personen demnach zu unbemessenen Diensten verpflichtet. Weder Verfassung noch das damalige Rechtsverständnis stand dem entgegen.

cc) Treuebindung an die Verfassung:

d) Mit dem Sturz des monarchischen Staatsoberhauptes und dem Übergang zur Parlamentarischen Demokratie fiel auch das persönliche Treueband zum Monarch, das Beamten- und Soldatenverhältnis auszeichnete.³⁾ Den Staat verkörpert nicht mehr eine natürliche Person, sondern er wird als bloße Rechtskonstruktion, als juristische Person, begriffen. Zu ihr stehen Beamter und Soldat in einem Dienst- und Treueverhältnis. Doch kann von Treue noch gesprochen werden, wenn die personenrechtliche Beziehung fehlt? Ein Teil der Literatur verneint es.⁴⁾ Zu Unrecht; denn Treue setzt nicht notwendig

1) vgl. § 2 II 10 ALR; siehe auch oben S. 15 Fußn. 2.

2) siehe oben S. 15 Fußn. 1.

3) Vgl. Wiese DVBl 1970, 645: Die Stelle des Monarchen als persönlicher Dienstherr, dem der Beamte auch persönlich volle Hingabe schuldete, konnte ein auf Zeit gewählter Staatspräsident nicht einnehmen.

4) Vgl. Ule, Gerichtl. Rechtsschutz S. 44: Der Beamte schulde dem Staat weder Liebe noch Treue, die nur einer wirkli-

eine Bindung zwischen Personen voraus. Treu läßt sich auch sein einem abgeschlossenen Vertrag, einem gegebenen Wort, einem gefaßten Grundsatz, einer Idee. Freilich fehlen hier die irrationalen Bezüge des Mensch-zu-Mensch-Verhältnisses. Treue in diesem Sinne besagt lediglich konsequente Verfolgung, ordnungsgemäße und gewissenhafte Erfüllung.¹⁾

B) Ein solch "geläutertes" Treueverständnis, übertragen auf das "bG", ließe sich auch in das gegenwärtige Herrschaftssystem und die geltende Verfassungsstruktur einordnen. Treue für Beamte und Soldaten bedeutet Treue zum neuen Staat, zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung, zu den Normen des Grundgesetzes.²⁾ Sie betont die Pflicht des Beamten, die ihm zukommenden Aufgaben gewissenhaft zu erfüllen, sein Handeln an den Prinzipien der Verfassung, an Recht und Gesetz auszurichten, sich zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung zu bekennen, die Pflicht des Soldaten, jederzeit für diese einzutreten und sie zu verteidigen, notfalls mit Einsatz des eigenen Lebens. Ihres bloßen ethischen Charakters wegen, vermag sie selbständig weder Pflichten begründen noch Rechte begrenzen, folglich insb. nicht verfassungsrechtliche Entscheidungen, wie das Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes und die Grundrechtsgeltung teilweise außer Kraft setzen. Wäre es anders,³⁾ es liefе dem Treuegedanken gerade zuwider. Treue des "bGes" drückt gegenüber dem "aG" die engere Bindung, die verstärkte Hinwendung des Gewaltunterwor-

chen Person entgegengebracht werden könnten. Vgl. auch Heyland, Berufsbeamtentum S. 42 und Thieme ZBR 1960, 169 ff., die aus diesem Grunde das Berufsbeamtentum in Frage stellen.

1) so schon Preuß.OVG im Jahre 1921, zit. in Lecheler ZBR 1972, 230.

2) vgl. auch Wiese DVBl 1970, 645; Köhl ZBR 1957, 123; Kröger AöR 88, 136; Hamann-Lenz Art. 33 Nr. 7b, bb.

4) So aber ausdrücklich noch Lecheler ZBR 1972, 231, der in der Treuepflicht die verfassungsrechtliche Anerkennung eines Sonderstatus sieht, der es rechtfertigt, dem Beamten zusätzlich, auch über den normierten Einzelkatalog hinausgehende Pflichten aufzuerlegen und ihn in seinen Grundrechten weitergehend zu beschränken, als dies bei anderen Staatsbürgern möglich sei. Danach beinhalte die Treuepflicht den Rechtsgrund neuer, bisher unbenannter

nenen zur Verfassung aus. Verfassungstreu heißt Beachtung und Verwirklichung der verfassungsrechtlichen Prinzipien, nicht aber Umgehung und Beseitigung.¹⁾ Letzteres jedoch geschieht gerade, wenn man mit der überwiegenden Meinung mit dem Begriff der Treue im "bG" die Einschränkung des Vorbehaltsprinzips und der Grundrechte rechtfertigt. Der Beamte, der Soldat müßte in besonderem Maße für etwas eintreten, was ihm zum Teil versagt bliebe - ein kurioses Ergebnis. Wenn aber dem Treueprinzip nur deklaratorische Wirkung zukommt, es allein für sich überhaupt keine rechtliche Wirkung entfalten kann, ist auch in dieser Hinsicht kein Unterschied des "bGes" zum "aG" auszumachen. Ohnehin sind die Angehörigen beider Verhältnisse verpflichtet, die ihnen auferlegten staatsbürgerlichen Pflichten ordnungsgemäß zu erfüllen.

6. Absolute Gleichstellung von "bG" und "aG"

Nachdem behauptete besondere Grundrechtseinschränkungen im "bG" keine Rechtfertigung finden, drängt sich die Feststellung völliger Gleichstellung von "bG" und "aG" in grundrechtlicher Hinsicht auf. Ihr widerspricht die unabdingbare Wesenseigentümlichkeit des "bGes", die Tatsache, daß in diesem Bereich der allgemeine Freiheitsstatus der Bürger mehr eingeschränkt wird als im "aG". Beide Statusverhältnisse in dem Sinne zu nivellieren, daß im "bG" in die Grundrechte in gleichem Umfang eingegriffen oder diese im selben Maße begrenzt werden könnten wie im "aG", würde zur unvermeidbaren Auflösung der unter dem Begriff des "bGes" zusammengefaßten Lebensverhältnisse in ihrer überkommenen Form führen. Die Folge wäre die völlige Umstrukturierung des Staates in seiner jetzigen Form - ein Ergebnis, das weder angestrebt wird noch angestrebt werden soll. Ignoriert wäre gänzlich die be-

Beamtenpflichten und zugleich den Rechtstitel zur Grundrechtsbegrenzung, Art. 17a GG vergleichbar. Eines Dazwischentretens des Gesetzgebers bedürfte es nicht.

1) Wie die Arbeit aufzeigt, gelten beide Prinzipien uneingeschränkt auch im "bG".

sondere Rechtsstellung der gewaltunterworfenen Personen in den einzelnen "bGen". So steht der Beamte im öffentlichen Dienst und erfüllt hoheitliche Aufgaben. Wollte man diese Aufgaben nicht undurchführbar machen oder ihre Durchführung zumindest nicht gefährden, sind größere Grundrechtseinschränkungen als im gewöhnlichen Staat-Bürger-Verhältnis unentbehrlich. So darf z.B. dem Beamten nicht gestattet sein unter Berufung auf Art. 5 Abs. 1 GG Amtsgeheimnisse auszulplaudern oder während des Parteiverkehrs parteipolitische Wahlpropaganda zu betreiben.¹⁾ So darf sich z.B. der Schüler im Hinblick auf die Pflicht zur Erledigung der Schulaufgaben oder der Soldat hinsichtlich seiner Gehorsampfpflicht gegenüber militärischen Befehlen nicht auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen können, sonst wäre der ordnungsgemäße Betrieb in Frage gestellt. Ähnlich beim Strafgefangenen, der nicht während seines Aufenthalts in der Strafanstalt sich auf Art. 8 GG oder Art. 11 GG berufen kann.²⁾

7. Bindung an das allgemeine Einschränkungssystem im "bG"

Die bisherige Darstellung zeigt, daß einerseits die herkömmlichen Eingriffe im "bG" in die Grundrechtssphäre des Gewaltunterworfenen aus verfassungsrechtlichen Gründen unzulässig sind, andererseits eine völlige Gleichstellung des "bGes" mit dem "aG" in grundrechtlicher Hinsicht untragbar ist. Zwischen diesen beiden sich widerstrebenden Fakten zeichnet sich folgende verfassungsgemäße Lösung ab: Auch im "bG" gilt prinzipiell das allgemeine grundrechtliche Einschränkungssystem.³⁾ Innerhalb dieses Rahmens sind alle Regelungen zulässig, auch wenn sie den Gewaltunterworfenen gegenüber den Personen im "aG" in seiner Freiheitssphäre faktisch mehr beeinträchtigen. Nachstehende Ausführungen belegen das.

1) vgl. zum Beamtenverhältnis ausführlich Dame, Diss. S. 59 ff..

2) vgl. hierzu allgemein Rauch, Diss. S. 94; Spannagel, Diss. S. 133 f.; Leisner DVBl 1960, 623; Martens, Wehrverfassung S. 28.

3) siehe oben S. 136 ff..

a) Formelle Voraussetzungen der Grundrechtsbeschränkbarkeit:¹⁾

aa) Der Grundrechtseingriff muß durch einen entsprechenden Gesetzesvorbehalt gebilligt sein. Grundrechte, die einen einfachen Gesetzesvorbehalt aufweisen, können auch in einem "bG" durch den Gesetzgeber eingeschränkt werden. Gleiches gilt für die sog. "qualifizierten" Gesetzesvorbehalte, die Grundrechtseinschränkungen nur unter engeren materiellen Voraussetzungen zulassen. Ansonsten wären die Personen im "bG" gegenüber den anderen Bürgern hinsichtlich des Grundrechtsschutzes unbeabsichtigt und ungerechtfertigt besser gestellt. Da die Gesetzesvorbehalte an den Gesetzgeber adressiert sind, vermag die Exekutive auch im "bG" die Grundrechte nicht selbst unmittelbar einschränken. Die Funktionsfähigkeit der "bGe" wird dadurch nicht in Frage gestellt.²⁾

bb) Gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG muß das grundrechtseinschränkende Gesetz allgemein, nicht für den Einzelfall gelten. Als Ausdruck des Gleichheitssatzes³⁾ gilt diese Vorschrift auch im "bG". Zwar betreffen in diesem Bereich die gesetzlichen Regelungen nicht die Allgemeinheit, sondern nur einen begrenzten Personenkreis, doch die Tatsache entkleidet sie noch nicht ihrer Natur als "allgemeine Gesetze". Die Bestätigung findet sich in vielen, verfassungsmäßigen Vorschriften des "aGes", die sich gleichfalls nur an bestimmte Teile der Bevölkerung wenden, so das GaststättenG an die Gastwirte, das StraßenverkehrsG an die Kraftfahrer etc.. Maßgebend ist also nicht der größere oder kleinere Umfang der von einem Gesetz erfaßten Fälle. Entscheidend ist vielmehr, daß durch die abstrakte Fassung des gesetzlichen Tatbestandes eine gewisse Unbegrenztheit der Fälle gewährleistet wird, die gegenwärtig oder zukünftig hierunter zu subsumieren sind.⁴⁾

1) vgl. zum "aG" oben S. 137 f..

2) siehe oben S. 119 ff..

3) zur Geltung im "bG" vgl. S. 180/181 der Arbeit.

4) vgl. BVerfGE 10, 241 f.. Die Problematik mit "Maßnahmegesetz", "getarntes Individualgesetz" etc. ist dem "bG" und "aG" gemeinsam. Vgl. hierzu Schmidt-Bleibtreu-Klein Art. 19 Rdnr. 3 ff. m.w.N..

cc) In Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG drückt sich die verfassungsrechtliche Wertschätzung der Grundrechte aus. Sie kommt ihnen auch im "bG" zu. Die Qualität der Grundrechte bleibt gegenüber dem "aG" unverändert. Es wäre absurd, anzunehmen, bei Eintritt in ein "bG" wandelten sich die Grundrechte des einzelnen in qualitativ minderes Recht. Die Folge, die Warn- und Transparenzfunktion des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG ist im "bG" ebenso unentbehrlich wie im "aG", seine Anwendung daher geboten.¹⁾

b) Materielle Einschränkung von Grundrechten:²⁾

aa) Die Unantastbarkeit der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG gilt als oberstes Prinzip für die gesamte Rechtsordnung. Der Bereich der "bGe" wird davon nicht ausgenommen. Sie haftet an der eigenständigen Persönlichkeit des Menschen,³⁾ die dem einzelnen im "bG" erhalten bleibt. Auch hier ist er in erster Linie Mensch und nur in zweiter Befehlsempfänger der Staatsgewalt. Diese bindet demnach die Menschenwürde in allen Lebensbereichen, d.h. ihr ist generell verwehrt, die individuellen menschlichen Interessen völlig zu ignorieren und den Mensch zum leblosen Gegenstand staatlicher Verwaltung abzustempeln.⁴⁾

bb) Auch die Wesensgehaltssperre des Art. 19 Abs. 2 GG erstreckt sich auf das "bG". Das folgt einerseits aus der ka-

1) Vgl. hierzu den I. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts in einem Urteil v. 25. 7. 1972 (I WB 127/72): Auch im "bG" könnten Grundrechte grundsätzlich nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden. Entsprechend bedürfe es auch im Wehrdienstverhältnis zur Einschränkung der Grundrechte der Soldaten eine gesetzliche Grundlage, und zwar regelmäßig eines Gesetzes, das dem Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG entspreche. Vgl. auch BVerfG NJW 1972, 811 ff. (812).

2) vgl. zum "aG" oben S. 138 ff..

3) siehe oben S. 134/135.

4) Vgl. Dowie, Diss. S. 122 ff.: Die Würde des Menschen verbiete es, den Soldaten total in Pflicht zu nehmen, ihn zu einem willenlosen Rad im Mechanismus der Armee zu machen. Vgl. auch ähnlich Salzmann S. 103; Breiting, Diss. S. 157 m.w.N.; Wolff VerwR I S. 200.

tegorischen Fassung dieser Vorschrift ("in keinem Falle"), womit ausgedrückt wird, daß alle Grundrechtseinschränkungen erfaßt sein sollen, andererseits aus dem Zweck des Art. 19 Abs. 2 GG, eine absolute Schranke gegen besonders weitreichende Freiheitsbeschränkungen zu errichten. Wenn demgegenüber eingewandt wird, der Aufgabenbereich der "bGe" erfordere auch Maßnahmen, die ein einzelnes Grundrecht des Gewaltunterworfenen restlos beseitigen, wie die lebenslängliche Freiheitsstrafe zeige. Dies stehe aber in Widerspruch zu der Forderung des Art. 19 Abs. 2 GG, jedenfalls der staatlichen Einwirkung einen gegenständlich bestimmbaren Kern jedes Grundrechts zu entziehen.¹⁾

Die Bedenken greifen nicht durch. Das Bundesverfassungsgericht stellt bei der Interpretation des Wesensgehalts eines Grundrechts auf seine Bedeutung für die Allgemeinheit ab.²⁾

Hiernach kann einzelnen Personen, wie z.B. einem Teil der Strafgefangenen, ein Grundrecht völlig entzogen werden, ohne durch Art. 19 Abs. 2 GG gehindert zu sein.

Der Bundesgerichtshof anerkennt eine relative Wirkung. Auch nach dieser Ansicht³⁾ kann ein Grundrecht restlos beseitigt werden, wenn es die angemessene Zweckverfolgung des "bGes" erfordert. In diesem Sinne rechtfertigt bei einem Mord die Schwere der Tat den lebenslänglichen Freiheitsentzug des Delinquenten.

Das Bundesverwaltungsgericht geht zwar im Rahmen des Art. 19 Abs. 2 GG von einem individuellen, absoluten Bestandsschutz der Grundrechte aus, doch läßt es Ausnahmen zu, wenn es für die Sicherung der für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter unbedingt erforderlich ist.⁴⁾ Solche bestehen in den "bGen", wenn z.B. das Leben anderer Gemeinschaftsmitglieder durch Vollstreckung lebenslänglicher Freiheitsstrafe nach § 211 StGB vor dem Mörder geschützt und dessen

1) vgl. die Nachweise bei Lerche, Übermaß S. 237; Herzog, Diss. S. 106; Mangoldt-Klein S. 555 f..

2) siehe oben S. 139.

3) siehe oben S. 140.

4) siehe oben S. 140.

potentielle Nachfolger abgeschreckt werden.

Schwieriger gestaltet sich die Problemlage nach der Meinung, die die angeführten Bedenken anmeldet.¹⁾ Ausnahmslos gewährt sie dem einzelnen absoluten Bestandschutz der Grundrechte. In der Tat kann dann ein gewisser Widerspruch zwischen Art. 19 Abs. 2 GG und dem "bG" nicht geleugnet werden, mit der Folge, daß das staatliche Gestaltungsrecht in diesem Bereich weiter eingegrenzt wird, so z.B. im Strafgefangenenverhältnis durch das Verbot lebenslänglicher Freiheitsstrafe. Dieser Interpretation des Art. 19 Abs. 2 GG zu folgen, würde bedeuten, daß auch im "aG" Maßnahmen unstatthaft wären, die bisher ohne jegliche grundgesetzliche Bedenken getroffen wurden, wie z.B. Aufhebung des Briefgeheimnisses, § 99 StPO, Versammlungsverbot, Art. 8 Abs. 2 GG - eine Konsequenz, die weder gezogen wird noch gezogen werden kann.²⁾ Schon aus diesem Grunde widerlegt sich die Ansicht selbst. In unzulässiger Weise interpretiert sie für das "aG" und das "bG" die Wesensgehaltssperre des Art. 19 Abs. 2 GG verschieden. Im Ergebnis kann daher nach allen vertretbaren Interpretationsmöglichkeiten Art. 19 Abs. 2 GG im "bG" in gleichem Umfang zur Geltung gelangen wie im "aG".

cc) Gleichfalls gilt der Gleichheitssatz als allgemeines Gerechtigkeitsprinzip überstaatlicher Art³⁾ für das "bG".⁴⁾ Da er seiner Natur nach nicht der gesetzten staatlichen Rechtsordnung entspringt, sondern dem überpositiven Recht zugehört, kann er auch nicht durch die vom Staat geschaffenen Rechtsgelbilde, wie z.B. das "bG", außer Kraft gesetzt oder eingeschränkt werden. Das Ergebnis bestätigt die Fassung des Art. 3 GG, in dem der Gleichbehandlungsgrundsatz seinen positiven Niederschlag gefunden hat. Sie weist keinen Gesetzesvorbehalt auf, läßt folglich keine Eingriffe in die Grundrechtssphäre

1) vgl. die Angaben S. 179 Fußn. 1.

2) vgl. auch Lerche, Übermaß S. 237; Böttcher, Diss. S. 72.

3) siehe oben S. 140.

4) Freilich nur in der Bedeutung, die ihm auch im "aG" zukommt, d.h. keine völlige Gleichmacherei, Rechtmäßigkeit des bloßen Andersbetroffensein, keine Gleichheit im Unrecht. Zu dieser Problematik vgl. vor allem Randelzhofer JZ 1973, 536 ff..

zu. Da das Grundrecht des Art. 3 GG im "bG" generell Anwendung findet¹⁾ und die Staatsgewalt auch in diesem Bereich bei Grundrechtseingriffen an das allgemeine formelle Einschränkungssystem gebunden ist,²⁾ gilt es uneingeschränkt im "aG" und im "bG".

c) Immanente Schranken der Grundrechte:³⁾

Jedes Grundrecht beinhaltet immanente Schranken. Diese Tatsache im "bG" zu negieren, würde dazu führen, daß der Gewaltunterworfenen gegenüber dem Bürger im "aG" hinsichtlich des Grundrechtsschutzes besser gestellt wäre - ein unerwünschtes und ungerechtfertigtes Ergebnis.

Wenn die Lehre vom "bG" sich nicht zuletzt damit rechtfertigt, daß im "bG" ohne eine Einschränkung der schrankenlos gewährten Grundrechte nicht auszukommen sei, verkennt sie Wesen und Inhalt der immanenten Schranken.

Nach dem Bundesverwaltungsgericht findet ein Grundrecht seine Schranken in der Gefährdung der Grundrechte anderer oder der für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter.⁴⁾ Ohne Schwierigkeit lassen sich die "bGe" dem letzteren zuordnen. Für den Bestand der staatlichen Gemeinschaft sind unentbehrlich eine geordnete schulische Erziehung zum mündigen Staatsbürger, eine funktionsfähige Verwaltung des Staates durch die Beamtenschaft, eine jederzeit einsatzbereite Bundeswehr zur Abwehr von feindlichen Angriffen auf unser Land, einen an den Regeln der Sühne und Resozialisierung orientierten Strafvollzug als Schutz der Gemeinschaft vor Verbrechen. Demnach rechtfertigt der Zweck aller vier klassischen "bGe" die sachlich gebotene gesetzliche⁵⁾ Begrenzung auch der Grundrechte ohne Schrankenvorbehalt. Obwohl diese Auffassung eine problemlose Einordnung der "bGe" ermöglicht,

1) vgl. die Ausführungen zur allg. Grundrechtsgeltung S. 129 ff..

2) siehe oben S. 177/178.

3) vgl. zum "aG" oben S. 141 ff..

4) siehe oben S. 141/142.

5) Ein Gesetz verlangt hier das Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes, nicht der einzelne Grundrechtsvorbehalt, da keine Grundrechtseingriffe vorliegen. Siehe auch oben S. 4 Fußn. 4.

wird ihr nicht gefolgt. Die "Gemeinwohlklausel" widerspricht rechtsstaatlichen Grundsätzen, wie dem der Bestimmtheit und Voraussehbarkeit von grundrechtlichen Beschränkungen. Zudem wäre der Grundrechtsschutz ausgehöhlt. Der einfache Gesetzgeber könnte mit der lapidaren Begründung der Notwendigkeit für die Gemeinschaft beinahe jedes Grundrecht beliebig beschränken, ein Recht, das der Vorbehaltssystematik zuwiderliefe.

Klein zieht unmittelbar für alle Grundrechte die Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 GG heran.¹⁾ Unter "verfassungsmäßiger Ordnung" versteht er "die elementaren Verfassungsgrundsätze und Grundentscheidungen des Verfassungsgesetzgebers"²⁾. Darunter fällt auch der Bestand des Staates als solcher.³⁾ Wie in der Stellungnahme zur Interpretation des BVerwG dargelegt, sind ein funktionstüchtiges Schul-, Beamten-, Wehrdienst- und Strafvollzugsverhältnis notwendige Voraussetzung eines intakten Staates. Hinsichtlich der "bGe" würde man daher nach Kleins Ansicht zum gleichen Ergebnis gelangen wie das Bundesverwaltungsgericht. Jedoch ist seine Interpretation gleichfalls unhaltbar. Klein verwehrt zu Unrecht Art. 2 Abs. 1 GG Grundrechtscharakter. Seine einheitliche Schrankenziehung vernichtet die Wertordnung der Grundrechte, die sich in den Gesetzesvorbehalten und der Uneinschränkbarkeit einzelner Grundrechte ausdrückt.

Dürig wendet die Schranken des Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 GG analog auf die anderen Grundrechte an.⁴⁾ die "verfassungsmäßige Ordnung" begreift er als die elementaren öffentlichen Ordnungsnormen. Danach sei jede Grundrechtsausübung insoweit unzulässig, "als sie zu einer Störung und Gefährdung der für ein gedeihliches Zusammenleben der Menschen unerläßlichen Gemeinwohlwerte anwächst"⁵⁾. Auf den Bereich der "bGe" übertragen, bedeutet dies, daß kraft ihrer Unentbehrlichkeit für

1) siehe oben S. 142.

2) v. Mangoldt-Klein S. 182.

3) aaO S. 183.

4) siehe oben S. 142.

5) so Dürig M-D-H Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 75.

die Allgemeinheit auch die schrankenlos gewährleisteten Grundrechte in dem Umfang begrenzt werden können, als es jeweils der Zweck des einzelnen "bGes" erfordert.¹⁾ Dürig erkennt zwar die Grundrechtsqualität des Art. 2 Abs. 1 GG, doch durch sein Zurückgreifen letztlich auf die Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG (Mutter-Tochter-Theorie!) setzt er sich ebenso wie Klein dem Vorwurf der unzulässigen Gleichschaltung aller Grundrechte aus.

Das Bundesverfassungsgericht sieht die Schranken eines Grundrechts in den kollidierenden Grundrechten Dritter und anderen mit Verfassungsrang ausgestatteten Rechtswerten.²⁾ Ausdrücklich führt es an, daß der Einrichtung und Funktionsfähigkeit der Bundeswehr in diesem Sinne verfassungsrechtlicher Rang zukomme, da Art. 12a Abs. 1, 73 Nr. 1, 87a Abs. 1 Satz 1 GG die Wehrpflicht zu einer verfassungsrechtlichen Pflicht gemacht und eine verfassungsrechtliche Grundentscheidung für die militärische Verteidigung getroffen hätten.³⁾ In einer anderen Entscheidung weist es daraufhin, daß ebenfalls das Beamtenverhältnis (Art. 33 Abs. 4, 5 GG) zu den mit Verfassungsrang ausgestatteten Rechtswerten gehöre.⁴⁾ Ähnliches dürfte für das Schul- und das Strafvollzugsverhältnis gelten. Das Bundesverfassungsgericht folgt damit im Grunde der alten Lehre von der verfassungsrechtlichen Institutionalisierung der "bGe"⁵⁾, nur insoweit modifiziert, als ihre Anwendung auf die Grundrechte ohne Gesetzesvorbehalt beschränkt und jedenfalls ein Gesetz für erforderlich erachtet wird.⁶⁾ Bei den mit Gesetzesvorbehalt gewährten Grundrechten bekennt es sich auch im "bG" zu dem allgemeinen Einschränkungssystem. Dem Gericht ist vorzuwerfen, daß es die immanenten Schranken der Grundrechte verschieden interpretiert, je nachdem, ob es sich mit einer Regelungsmaterie des "aGes" oder des "bGes" befaßt.

1) Selbstverständlich gelten dann auch die Rechtsmaßstäbe des "aGes", wie Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Erforderlichkeit der Maßnahme und das Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs.

2) siehe oben S. 143.

3) so BVerfGE 28, 243 ff. (261).

4) vgl. BVerfG NJW 1973, 1242 ff. (1242).

5) Abhandlung auf S. 153 ff..

6) vgl. auch BVerfG NJW 1972, 811 ff. (812), zit. S. 9 Fußn. 2.

Es unterstellt, daß den "bGen", dem Beamten-, Wehr-, Straf-vollzugs- und Schulverhältnis, verfassungsrechtliche Anerkennung zukomme und sie folglich entsprechend seiner Schranken-Definition die vorbehaltlos gewährten Grundrechte begrenzen könnten. Zu Unrecht, wie vorhergehende Ausführungen zeigen.¹⁾ Wenn auch im Ergebnis dem Bundesverfassungsgericht zuzustimmen ist, so kann doch nicht die systematisch unterschiedliche Behandlung des "bGes" und des "aGes" hinsichtlich der immanenten Schranken gebilligt werden.

Als Konstruktionslösung bietet sich ein früheres Urteil des Bundesverfassungsgerichts an, das Apotheken-Urteil.²⁾ Danach habe jedes Grundrecht nur in den von den Gemeinschaftsinteressen abgesteckten Grenzen Wirksamkeit. Um diese Grenzen zu bestimmen, bedürfe es einer Abwägung der Interessen des einzelnen an dem Vorhandensein und der Ausübung des individuellen Rechts und dem Interesse der Gemeinschaft an der Beschränkung dieses Rechts. Was das BVerfG in der von ihm entwickelten Stufentheorie für die Berufsausübung im "aG" entschieden hat, kann ohne weiteres auf das "bG" übertragen werden. Die Folge, es wird nicht mehr gefragt, ob "aG" oder "bG", sondern nur noch, welche Materie wird geregelt, welche Bedeutung hat sie für die Allgemeinheit, wie hoch ist das Interesse des einzelnen an der Ausübung des zu beschränkenden Grundrechts. Der gerechte Ausgleich dieser Faktoren bildet dann die immanente Schranke des Grundrechts. Ausnahmslos erstreckt sich damit das allgemeine Einschränkungssystem auch hinsichtlich der immanenten Schranken auf den Bereich der "bGe". Der mögliche Vorwurf mangelnder Abstufung der immanenten Schranken zum einfachen Gesetzesvorbehalt³⁾

1) siehe oben S. 153 ff..

2) BVerfGE 7, 377 ff..

3) Es findet auch ein gewisser Ausgleich zwischen Allgemein- und Individualinteresse statt, wenn das BVerfG im Lüth-Urteil (BVerfGE 7, 198 ff.) zum Verhältnis von Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 GG erklärt, es finde eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, daß die "allgemeinen Gesetze" zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Schranken setzten, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt und verstanden werden müßten.

ginge fehl. Durch letzteren ermöglicht die Verfassung schon von vornherein die Einschränkung der Grundrechte. Innerhalb der allgemeinen materiellen Schranken kann der Gesetzgeber zur Verwirklichung staatlicher Zwecke beliebig Eingriffsregelungen erlassen, sofern nur rechtsstaatliche Grundsätze wie Verhältnismäßigkeit, Erforderlichkeit, geringstmöglicher Eingriff etc. beachtet werden. In den vorbehaltlos gewährten Grundrechten dagegen bringt die Verfassung ihre prinzipielle Uneinschränkbarkeit zum Ausdruck, d.h. das Interesse des einzelnen an ungeschmälertem Grundrechtsschutz wird von der Verfassung auf die gleiche Stufe gestellt mit anderen verfassungsrechtlichen Prinzipien, wie z.B. Rechtsstaats- und Sozialstaatsprinzip. Daraus folgt, daß diese Grundrechte nur insoweit begrenzt werden können, als die elementaren, letzten Zwecke des heutigen Staates unmittelbar bedroht sind. Dazu gehören neben den Freiheitsrechten anderer der Bestand des Staates, die Funktionsfähigkeit des modernen demokratischen, sozialstaatlichen Rechtsstaates. So verlangt eine geordnete Staatsverwaltung ein intaktes Berufsbeamtentum und die damit zwingend verbundenen Begrenzungen schrankenlos gewährter Grundrechte.¹⁾ Nicht minder unentbehrlich sind für einen Staat im Korsett des Bonner Grundgesetzes ein funktionstüchtiges Schul-, Strafvollzugs- und Wehrdienstverhältnis.²⁾ In welchem Umfang die Grundrechte zu beschränken sind, folgt aus der speziellen Ausgestaltung des Einzel-

1) Aus diesem Grunde wäre auch gegen eine gesetzliche Regelung mit dem Inhalt einer Aufnahmeverweigerung Radikaler in den Staatsdienst nichts einzuwenden, da sonst die Durchführung der verfassungsrechtlichen Aufgabe der staatlichen Organe gefährdet wäre. Vgl. hierzu statt vieler Arndt DÖV 1970, 586.

Abzulehnen wäre allerdings ein Streikverbot für Beamte, da die Funktionstüchtigkeit des staatlichen Verwaltungsapparates nur vorübergehend in zumutbarer Weise gemindert würde. Dies stimmt mit der Gegenmeinung überein, die das Streikverbot nicht aus der Gefährdung essentieller Voraussetzungen staatlicher Existenz ableitet, sondern es mit dem Treueverhältnis des Beamten zum Staat begründet. Vgl. hierzu Maunz M-D-H Art. 9 Rdnr. 114; Seidel DVBl 1974, 141 ff. m.w.N..

2) So im Ergebnis auch nach der Ansicht des BVerwG die "Gemeinwohlklausel", der hier aber nicht gefolgt wird. Siehe oben S. 181/182.

fallendes, wobei bei gleichgewichtigen Interessen des Staates und des Individuums zugunsten der Grundrechtsgeltung zu entscheiden ist. Letztlich schließt sich damit die hier vertretene Auffassung der Ansicht und Interpretation des Bundesverfassungsgerichts an, nur mit der Ausnahme, daß nicht auf verfassungsrechtliche Normen, sondern auf die Funktionsfähigkeit der für den Erhalt des Staates in seiner gegenwärtigen Form erforderlichen Gemeinschaftseinrichtungen zurückgegriffen wird,¹⁾ die sowohl dem Bereich des "aGes" als auch dem des "bGes" angehören können.

d) Mehrbeeinträchtigung der Grundrechtssphäre im "bG":

Aus den vorhergehenden Ausführungen folgt, daß der Gesetzgeber auch im "bG" an das allgemeine Grundrechtseinschränkungssystem gebunden ist. Die Natur der Regelungsmaterie, die in ein "bG" fällt, zwingt den Gesetzgeber allerdings meist, die Gesetzesvorbehalte einzelner Grundrechte mehr auszuschöpfen und die immanenten Schranken vorbehaltlos gewährter Grundrechte stärker sichtbar zu machen, als es sich im "aG" für notwendig erweist. Insoweit wird der Gewaltunterworfenen im "bG" in seiner Grundrechtssphäre faktisch mehr beeinträchtigt, als es beim Bürger des "aGes" geschieht. Doch auch innerhalb des letzteren läßt sich differenzieren. Der Freiheitsbereich des einen kann größeren oder geringeren Beschränkungen ausgesetzt sein als der des anderen. Der Gewerbetreibende unterliegt der Gewerbeordnung, der Bauherr den Vorschriften der Bauordnung, der Steuerpflichtige den Steuergesetzen - der Landstreicher dagegen keiner dieser Regelungen. Der Empfänger staatlicher Subventionen hat die damit verbundenen Anordnungen zu beachten, jeder andere Bürger nicht. Auch wenn sich das "bG" von diesen Teilbereichen des "aGes" noch spürbar durch stärkere Eingriffsintensität abhebt, bietet es in sich dasselbe uneinheitliche Bild. Vergleicht man die vier klassischen "bGe", zeigen sich schon derart unterschiedliche Grundrechtsbeschränkungen, daß sich keine gemeinsamen Regeln dafür aufstellen

1) vgl. auch Schwabe NJW 1973, 1818.

lassen.¹⁾ Aus grundrechtlicher Sicht kann daher auch nicht mehr berechtigt von dem "bG" oder dem "aG" schlechthin die Rede sein. Ausschlaggebend ist vielmehr nicht mehr die Zugehörigkeit zum "bG" oder "aG", sondern allein für sich der zu normierende Sachverhalt. Durchaus kann die fortschreitende wirtschaftliche, soziale und kulturelle Verflechtung des einzelnen mit dem Staat den Gesetzgeber veranlassen, die ihm durch das Grundgesetz eingeräumte Befugnis zur Grundrechtseinschränkung in Teilbereichen des "aGes" mehr auszunützen und insoweit die Eingriffsintensität auf die gleiche Stufe mit der der einzelnen "bGe" zu stellen oder diese sogar zu übertreffen. Das verfassungsrechtliche Grundrechtsschutzsystem ändert sich dadurch nicht. Die Verfassung behandelt auf Grundrechtsebene alle Bürger gleich, ob im "aG" oder im "bG". Die Abstufungen innerhalb dieser Verhältnisse trifft nicht sie, sondern der einfache Gesetzgeber in dem ihm verbleibenden Rahmen. Da diese aber, orientiert am jeweils zugrunde liegenden Lebenssachverhalt, fließend und wandlungsfähig sind, bilden sie kein maßgebliches, gesichertes Kriterium mehr für das Vorliegen eines "aGes" oder eines "bGes".

e) Übergangslösung:

In Anbetracht des Wandels der rechtlichen Auffassung über die Geltung der Grundrechte im "bG" erscheint es gerechtfertigt, dem Gesetzgeber zur Anpassung an die vorherrschende Rechtsanschauung und gegenwärtige Verfassungsinterpretation eine gewisse Übergangsfrist einzuräumen, die es ihm ermöglicht, in diesem Sinne bereits erlassene Regelungen abzuändern und fehlende nachzuholen.²⁾

Ergebnis:

Die Darstellung der Grundrechtsproblematik im 3. Kapitel führt zu dem Ergebnis, daß die Verfassung auf Grundrechts-

1) siehe oben S. 37/38.

2) Näheres hierzu bei der insoweit gleichen Problematik der Geltung des Vorbehaltsprinzips oben S. 123 ff..

ebene "aG" und "bG" gleichgestellt. Für beide Bereiche gilt ausnahmslos das allgemeine Grundrechtseinschränkungssystem. Die in der Tat verschiedenen Freiheitsbeeinträchtigungen resultieren nicht aus unterschiedlicher verfassungsrechtlicher Behandlung dieser Verhältnisse, sondern entspringen der sachlich gebotenen Abstufung des einfachen Gesetzgebers in dem ihm von der Verfassung abgesteckten Handlungsspielraum~~es~~. Als Kriterium zur Abgrenzung des "bGes" vom "aG" sind sie jedoch deswegen ungeeignet, weil ihre Intensität nicht von der Zuordnung zu einem dieser beiden Verhältnisse, sondern ausschließlich von dem zugrunde liegenden Sachverhalt abhängt, so daß sie auch innerhalb des "bGes" und des "aGes" unterschiedlich ausgeprägt sein kann und tatsächlich auch ist.

4. K a p i t e l

Als letztes bleibt noch die Untersuchung des Rechtsschutzes im "bG". Nach hergebrachter Auffassung ist wesentliches Kriterium des "bGes", daß der Rechtsschutz dem Gewaltunterworfenen nicht oder nur in beschränktem Maße gewährt wurde.¹⁾ Was früher durchaus Rechtens sein konnte, könnte sich spätestens mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes geändert haben. Die Frage demnach: Duldet die heutige Verfassung noch einen solchen rechtsschutzgeminderten Raum? Oder hat das Institut des "bGes" auch in dieser Hinsicht seine herkömmliche Bedeutung gegenüber dem "aG" verloren?

H . R e c h t s s c h u t z i m " b G "

1. Geschichtliche Entwicklung des Rechtsschutzes im "bG" bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes

Die Geschichte des Rechtsschutzes im "bG" ist eng mit dem

1) siehe oben S. 8.

früheren Rechtssatzbegriff verknüpft.¹⁾ Eine gerichtliche Nachprüfung konnte und kann sich bei generellen Regelungen nur auf Rechtssätze beziehen; denn ausschließlich rechtliche Regelungen sind ihr zugänglich. Wichtigstes Merkmal eines Rechtssatzes nach damaliger Rechtsanschauung war aber die Außenwirkung. Demgemäß unterfielen alle Internregelungen, einschließlich der im Bereich der "bGe", nicht diesem Begriff.²⁾ Folgerichtig blieb der Rechtsschutz insoweit versagt.

Gleichermaßen wurden vom Rechtsschutz die intern erlassenen Einzelakte ausgenommen. Sie stützten sich nicht auf Rechtssätze; folglich mangelte ihnen die rechtliche Qualität. Konform zu diesem Ergebnis interpretierte man die Rechtsstellung des Gewaltunterworfenen im "bG". Bereits mit Eintritt in ein solches Verhältnis sei sein Rechtskreis ein für allemal eingeschränkt. Zutreffend konnten damit die nachfolgend im "bG" ergehenden Akte des Gewaltherrn nicht mehr in die Rechte des Gewaltunterworfenen eingreifen. Prozessual erreichte man die Ausklammerung vom Rechtsschutz, indem man einen Verwaltungsakt (VA) als Voraussetzung gerichtlicher Nachprüfung verlangte.

Eingehend befaßte sich mit diesem Begriff des Verwaltungsaktes im Schrifttum Otto Mayer. Er definiert den VA als "ein der Verwaltung zugehöriger, obrigkeitlicher Ausspruch, der dem Untertanen im Einzelfall bestimmt, was für ihn Rechtsens sein soll"³⁾. Damit richtet Mayer seine Begriffsbestimmung rein justizstaatlich aus; denn das gerichtliche Urteil ist für ihn das Gegenstück zum VA. Seine Auffassung bekräftigt er mit der einfachen Feststellung, daß der Rechtsstaat die Justizförmigkeit der VAe erfordere.⁴⁾ In klassischer Form grenzt er ihn zur Anweisung im "bG" ab. Der letzteren fehle die zweiseitige Bindung zwischen öffentlicher Gewalt und

1) vgl. allgemein zur Geschichte Klein VVDStRL 8, 67 ff. m.w.N..

2) siehe oben S. 43 ff..

3) VerwR (3) I S. 93.

4) aaO S. 62.

Staatsbürger. Sie beinhalte eine einseitige Bestimmung der im "bG" enthaltenen Verpflichtbarkeit, die dem Gewaltinhaber zur freien Verfügung stehe.¹⁾

In der weiteren Entwicklung wurde jedoch der Begriff des urteilsmäßigen VAes als zu eng empfunden. Es gebe auch VAes, die hoheitliche Willensäußerungen darstellten, ohne daß sie urteilsmäßig ergingen. So unterscheidet Fleiner²⁾ zwischen VAen im engeren und weiteren Sinne. Unter dem ersten versteht er "die mit obrigkeitlicher Autorität vorgenommenen, auf einen rechtlichen Erfolg abzielenden Handlungen einer Verwaltungsbehörde" unter dem zweiten "die Handlungen einer Verwaltungsbehörde, im Gegensatz zu einem Akt der Justiz

-
- 1) aaO S. 102/103: "Die Anweisung kann, wie der VA, für den Einzelfall ergehen an den bestimmten Gewaltunterworfenen. Dann zeigt sich an ihr schon äußerlich der große Gegensatz, daß sie nicht wie jener von einer Behörde zu erlassen ist, von einer obrigkeitlichen Stelle, gleichgeachtet dem Gericht: im Gewaltverhältnis befiehlt der Unteroffizier, der höhere Schreiber, der Lehrer, der Arzt, der Marktaufseher - lauter Nichtbehörden, deren Wort außerhalb des Gewaltverhältnisses nur eine Mahnung, eine Aufforderung, eine Erinnerung sein könnte, hier verpflichtet es. Aber die Anweisung wirkt auch nicht wie der VA und das Urteil zweiseitig, die vollziehende Kraft selber bindend, Recht stiftend zwischen ihr und dem Untertan, sondern sie entfaltet einseitig dessen im Gewaltverhältnis enthaltene Verpflichtbarkeit, die nach wie vor zur freien Verfügung bleibt."

Mayer bleibt damit seiner Auffassung vom urteilsmäßigen VA treu, wenn er die Einzelanordnung im "bG" nicht als VA anerkennt.

In der Abgrenzung ähnlich Jacobi, VerwVOen S. 258: Die individuelle Verwaltungsvorschrift im "bG" sei kein VA, da sie keine Bestimmung im Einzelfall treffe, keine Rechtsverhältnisse begründe oder feststelle, sondern nur die schon bestehende Gehorsamspflicht geltend mache. Diesen Anweisungen fehle die zweiseitige bindende Kraft des VAes und damit jede Rechtswirkung nach außen.

Vgl. weiterhin Apelt, Vertrag S. 81, 113; Andersen S. 31 f.. Vgl. auch Jahrbuch der Entscheidungen d. Thür. OVG Bd. 15, S. 15 f; Bd. 11, S. 143: Anfechtbare Verfügungen seien nur diejenigen, die kraft öffentlich-rechtlicher Herrschaftsgewalt gegen die Staatsbürger als solche ergangen seien, nicht aber "andersgeartete" Verfügungen innerhalb des staatlichen Behördenorganismus, die Ausfluß der Amtsgewalt gegenüber den Beamten seien. Nur den Staatsbürgern "als solche" sollte der Rechtsschutz zustehen.

- 2) Inst. (8) S. 183.

oder der Gesetzgebung". Der Ausdruck VA umfasse daher tatsächliche Handlungen ebenso wie solche juristischer Art.¹⁾ Auf die Anweisungen im "bG" hatte diese weite Begriffsfassung keinen Einfluß. Stets klammerte man sie aus. So bestimmte der Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg von 1931²⁾ in Art. 61: "Verwaltungsakte i.S. des Gesetzes sind die von einer Verwaltungsbehörde in Ausübung der öffentlichen Gewalt zur Ordnung bestimmter Verhältnisse im Einzelfall erlassenen Verfügungen und Entscheidungen. Ausgenommen sind jedoch Verfügungen und Entscheidungen innerhalb eines besonderen Gewaltverhältnisses (Dienstgewalt, Anstaltsgewalt)."

Kritiklos folgte man dieser Lehre bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes. Noch 1948 eröffnete die in den Ländern der früheren britischen Zone geltende MRVO Nr. 165 grundsätzlich jedem, der durch einen VA in seinen Rechten verletzt wurde, den Verwaltungsrechtsweg.³⁾ Den Begriff des VAes definiert sie in § 25 "als Verfügung, Anordnung, Entscheidung oder sonstige Maßnahme, die von einer Verwaltungsbehörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts getroffen wird". Die Akte des "bGes" wurden ohne viel Aufhebens im tradierten Sinne vom Rechtsweg ausgeschlossen.⁴⁾

2. Grundsätzliche Geltung des Art. 19 Abs. 4 GG im "bG"

Mit Erlaß des Grundgesetzes könnte der hergebrachten Auffassung vom generellen Ausschluß der "bGe" vom Rechtsschutz das umfassende Rechtsschutzgebot des Art. 19 Abs. 4 GG entgegenstehen. Ursprünglich versuchte man diesem Konflikt dadurch zu entgehen, daß man Art. 19 Abs. 4 GG auf die "bGe" für unanwendbar erklärte.⁵⁾ Diese Vorschrift gelte nur für die

1) so auch Thoma, Polizeibefehl S. 52 Anm. 6; Jellinek VerwR S. 241.

2) Er ist niemals formell in Kraft getreten.

3) vgl. § 22 MRVO Nr. 165.

4) vgl. Klinger § 25 Anm. B 1.

5) so Mangoldt S. 123; Köhl, Diss. S. 58; Fischbach DÖV 1951,

äußeren Rechtsvorgänge, nicht für die verwaltungsinternen Rechtsakte (jura interna). Auch wenn man den letzteren unter verfassungsrechtlichem Zwang Rechtsqualität zubillige, unterfielen sie nicht der richterlichen Kontrolle.¹⁾ Die Begründung fand man in der altbekannten Lehre vom "bG", wonach die internen Akte den Gehorsamspflichtigen nicht als selbständiges Rechtssubjekt, sondern als Objekt des ihn beherrschenden Gesamtwillens beträfen. Eine anfechtbare Handlung gemäß Art. 19 Abs. 4 GG müsse ein "Verwaltungsakt im strengsten Sinne des Wortes sein"²⁾, was aber im "bG" fehle. Die Bestätigung finde sich in Art. 132 Abs. 3 GG³⁾, der den Rechtsweg gemäß Art. 19 Abs. 4 GG ausdrücklich für das Beamten- und Richterverhältnis eröffne. Daraus folge seine grundsätzliche Nichtgeltung.⁴⁾ Außerdem, so wird weiter argumentiert, sei eine erfolgreiche Tätigkeit im "bG" unmöglich oder zumindest gefährdet, hätten die Gewaltunterworfenen das Gefühl, gleichberechtigt mit der Anstaltsleitung vor einem unabhängigen Gericht über die Rechtsstellung streiten zu können. Vorwiegend im Strafvollzug würden Asoziale und Querulanten jede Gelegenheit wahrnehmen, um so die Anstaltsarbeit völlig lahmzulegen. Nicht zuletzt erschüttere eine richterliche Kontrolle in starkem Maße das Vertrauen der gewaltunterworfenen Personen in die Rechtmäßigkeit der einzelnen Maßnahmen und berge gleichzeitig die Gefahr in sich, daß die mit der praktischen Arbeit innerhalb der "bGe" nicht so vertrau-

453 ff.; Müller DÖV 1952, 587 f.; Wache AöR 76, 420 f.; Nebinger VerwR S. 197; 274 ff.; Huber WirtVerwR I S. 688; Friesenhahn DV 1949, 481; Schlochauer AöR 79, 192; van Hussen DVBl 1953, 72.

- 1) Zu Recht wird damit einer Meinung entgegengetreten, die "Recht" mit "Rechtsweg" verwechselt und den Rechtsweg mit dem Argument eröffnet, ein "rechtsleerer Raum" sei mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht zu vereinbaren. Vgl. Krüger VVDStRL 11, 140. Ein "bG" ohne verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz ist noch lange nicht einem rechtsleeren Raum gleichzusetzen. Vielmehr sind die beiden Fragenkomplexe voneinander zu trennen, wie auch im Rahmen dieser Arbeit erfolgt.
- 3) Infolge Zeitablaufs heute gegenstandslos.
- 2) so Friesenhahn DV 1949, 481; vgl. auch Kersten NJW 1949, 208 ff. unter Berufung auf die frühere Auffassung.
- 4) vgl. Friesenhahn aaO; vgl. auch Schneider DVBl 1953, 82, der dieser Lehre einen richtigen Kern nicht absprechen möchte.

ten Gerichte Entscheidungen treffen könnten, die der Eigenart dieser Verhältnisse nicht gerecht würden. Eine Folge, die ihrer reibungslosen Funktionstüchtigkeit zuwiderliefe.¹⁾ Mit Recht wendet sich die überwiegende Meinung in Literatur und Rechtsprechung gegen eine solche Interpretation des Art. 19 Abs. 4 GG.²⁾

Art. 19 Abs. 4 GG gewährt gegenüber Maßnahmen der öffentlichen Gewalt, durch die der einzelne in seinen Rechten verletzt wird, eine Rechtsschutzgarantie.³⁾ Eine Wortinterpretation dieser Vorschrift hinsichtlich der Problematik des Rechtsschutzes im "bG" gibt keinen Aufschluß. Weder vom "aG" noch vom "bG" ist die Rede. Nicht weiter führen die hierzu vorliegenden Materialien. Entweder wurde das Problem vom Gesetzgeber nicht gesehen⁴⁾, oder er wollte in seinem Schweigen die Gleichbehandlung beider Verhältnisse ausdrücken. Wahrscheinlicher ist ersteres. Zugunsten seiner generellen Geltung folgt demnach aus dem Wortlaut des Art. 19 Abs. 4 GG allenfalls indizierende Wirkung.

Der oben angeführte Schluß aus Art. 132 Abs. 3 GG erscheint materiell keineswegs zwingend. Diese Regelung darf nicht aus dem Zusammenhang gerissen und isoliert betrachtet werden. Vielmehr bildet sie das Gegenstück zum letzten Satz des Art. 131 GG, der den Rechtsweg für solche Beamte, die nach dem 8. Mai 1945 aus anderen als beamten- oder tarifrechtlichen Gründen aus dem öffentlichen Dienst ausgeschieden waren, vorübergehend ausschloß. Der Interpretation förderlich ist weiterhin der Bezug auf Art. 132 Abs. 1 GG. Rechte der Beamten werden dort eingeschränkt. Demgegenüber stellt Art. 132 Abs. 3 GG expressis verbis klar, daß der Rechtsschutz nicht einge-

1) vgl. hierzu auch Röhl JZ 1954, 68; ähnlich Ule VVDStRL 15, 179, der selbst jedoch den Rechtsschutz grundsätzlich bejaht.

2) vgl. statt vieler Bachof DÖV 1953, 422; Jellinek DÖV 1950, 288; Kersten NJW 1949, 209; Lerche DVBl 1954, 627; Holland DVBl 1968, 245 ff.; Wernicke, Bonn.Komm. Art. 19 S. 16/17; Klein VVDStRL 8, 108; Kalisch AöR 78, 353; BVerwG DÖV 1955, 342; BayVGH DVBl 1950, 305 ff.; OVG Hamburg DVBl 1953, 410 ff..

3) siehe oben S. 6 f..

4) so Ule VVDStRL 15, 147 ff.; Lerche DVBl 1954, 627.

schränkt wird. Insoweit wirkt diese Vorschrift lediglich deklaratorisch. Bei so tief eingreifenden Maßnahmen, wie sie Art. 132 Abs. 1 GG ermöglicht, sollte von vorneherein jeglicher Zweifel an der Zulässigkeit des Rechtsschutzes beseitigt sein. Aus diesem Grunde fand eine allgemeingültige Regel ausdrücklich begrenzten gesetzlichen Niederschlag.¹⁾ Aber auch aus rein formalen, gesetzestechnisch begründeten Überlegungen kann recht zweifelhaft sein, ob Art. 132 Abs. 3 GG einen solchen weitgehenden Schluß auf Art. 19 Abs. 4 GG bewirken wollte. Art. 132 Abs. 3 GG beinhaltet eine Übergangsvorschrift, deren Charakter es nicht zuläßt, hieraus allgemeine dauerhafte verfassungsrechtliche Grundsätze zu ziehen.²⁾

Die generelle Geltung des Art. 19 Abs. 4 GG untermauert der mit ihm verfolgte Zweck, dem Staatsbürger einen möglichst umfassenden Rechtsschutz gegen die öffentliche Gewalt zu sichern.³⁾ Zu dem Begriff der öffentlichen Gewalt gehört die gesamte Tätigkeit der hoheitlichen Verwaltung. Wann immer eine Person der öffentlichen Gewalt ausgeliefert ist, muß sie im Rechtsstaat auch die Möglichkeit haben, ihren Freiheitsraum gegen hoheitliche Übergriffe durch Anrufung eines unabhängigen Gerichtes zu schützen. Gleich dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes und der Grundrechtsgeltung findet auch die Rechtsschutzgarantie nicht ihre Schranke im "bG". In diesem Bereich gerade besteht ein erhöhtes Bedürfnis nach gerichtlichem Schutz. Der Gewaltunterworfenen ist dem Staat in besonderem Maße ausgesetzt, die Beeinträchtigung seines persönlichen Rechtskreises besonders groß, zieht man

1) Vgl. Wernicke, Bonn.Komm. S. 16 f.: Im Hinblick auf den freiheitlich-demokratisch ausgerichteten Grundcharakter des Grundgesetzes und die im Grundrechts-Katalog zum Ausdruck gelangte verstärkte Betonung des Individualrechts wie der freien Stellung des einzelnen im und zum Staat dürften diese, dem früheren Recht wohl noch allzusehr verhafteten Anschauungen heute keine Geltung mehr beanspruchen können. Vielmehr sollten grundsätzlich auch die "bGe" als von Art. 19 Abs. 4 GG erfaßt angesehen werden und an Ausnahmen strenge Anforderungen zu stellen sein. Vgl. auch Leveling, Diss. S. 23.

2) vgl. auch Klein VVDStRL 8, 108; Winkler, Diss. S. 87.

3) siehe oben S. 6/7.

z.B. die Strafgefangenen oder Wehrpflichtigen heran.¹⁾ Wenn eingewandt wird, der einzelne sei in das "Verwaltungsinternum" eingegliedert und habe damit als Gewaltunterwerfener gegenüber dem Träger des "bGes" nicht die Stellung eines selbständigen Rechtssubjekts, folglich könne er nicht in "seinen Rechten" beeinträchtigt werden, woraus der mangelnde Rechtsschutz resultiere, wird die gegenwärtige Rechtslage verkannt. Wie die Ausführungen zum 3. Kap.²⁾ belegen, bleibt der einzelne auch gegenüber der Hoheitsgewalt des "bGes" Träger von Grundrechten. Die Gestaltung der "bGe" als rechts- und grundrechtsfreier Raum gehört der Vergangenheit an. Wenn aber dem Gewaltunterworfenen subjektive Rechte zustehen, darf ihm bei ihrer Verletzung der Rechtsschutz nicht verweigert werden.

Die von Wacke³⁾ für das "bG" des Beamten aufgestellte These, nur die "Unklagbarkeit der Beamtenrechte" entspreche dem Wesen des Beamtenverhältnisses als eines öffentlichen Dienstverhältnisses, wird von der vorhergehenden Argumentation widerlegt. Wie jedes andere "bGe" ist das Beamtenverhältnis ein Rechtsverhältnis. Seine Beziehungen zwischen Dienstherrn und Beamten sind rechtlicher Natur und bedürfen folglich gerichtlicher Überwachung. Nicht selten wird pauschal auf die "hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums" in Art. 33 Abs. 5 GG verwiesen, die Art. 19 Abs. 4 GG auf dieses "bG" unanwendbar machten. Dem läßt sich entgegenhalten, daß diese Grundsätze nur im Rahmen der geltenden Verfassungslage zum Tragen kommen.⁴⁾ Die generelle Freistellung des Beamtenverhältnisses widerspricht aber dem richtigen Verständnis des

1) siehe auch oben S. 79 zum Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes und S. 134 zur Grundrechtsgeltung im "bG". Vgl. auch Kleiser, Diss. S. 138; Die umfassend gewährleistete gerichtliche Kontrolle der Exekutive könne nicht dort ihre Schranken finden, wo die Berührung des Bürgers mit der Übermacht des Staates am engsten und damit das Schutzbedürfnis am größten sei.

2) vgl. oben S. 129 ff..

3) AöR 76, 419 f..

4) siehe auch oben S. 111/112 zur Geltung des Vorbehaltsprinzips und S. 161/162 zur Grundrechtsgeltung.

Art. 19 Abs. 4 GG als umfassendes Rechtsschutzgebot.¹⁾ Hinsichtlich des "bGes" des Wehrdienstes vertritt ein Teil der Literatur die Meinung, die Akte der Kommandogewalt, ihrer Natur nach nicht verwaltungsrechtlichen Charakters, seien von Art. 19 Abs. 4 GG nicht erfaßt und damit einer verwaltungsgerichtlichen Anfechtbarkeit entzogen.²⁾ Dem läßt sich entgegenhalten, daß Art. 19 Abs. 4 GG nicht von bloßer Verwaltungstätigkeit, sondern von "öffentlicher Gewalt" spricht. Hierunter fällt grundsätzlich auch die Wehrgewalt,³⁾ ebenso wie sie als Teil der vollziehenden Gewalt der Geltung des Prinzips des Vorbehalts des Gesetzes⁴⁾ und der Grundrechtsbindung⁵⁾ unterliegt. Was nützten schon Grundrechte im Wehrdienstbereich, wenn bei ihrer Verletzung der Weg zu den Gerichten von vornherein versperrt bliebe. Das "bG" des Soldaten darf daher nicht mit dem lapidaren Hinweis auf die besondere Natur der Kommandoakte generell vom Rechtsschutzgebot des Art. 19 Abs. 4 GG ausgeklammert werden. Zum Teil hat der Gesetzgeber dieses Gebot schon verwirklicht, indem er dem Soldaten in gewissen Bereichen ausdrücklich den Rechtsweg zu den Wehrdienstgerichten einräumt.⁶⁾ Ebenso erweist sich die Gefahr einer sachfremden Entscheidung der Gerichte im Bereich der "bGe" als unbegründet. Die Gerichte überprüfen lediglich die Rechtmäßigkeit, nicht die Zweckmäßigkeit verwaltungsrechtlicher Entscheidungen. Insoweit verbleibt der Verwaltung noch ein erheblicher Ermessensspielraum, der es ihr ermöglicht, aufgrund ihrer Sachnähe in besonderem Maße auf die konkrete Fallgestaltung einzugehen und die erforderlichen Maßnahmen zu erlassen. Die Schranke ihrer Entscheidungsfreiheit bildet stets die Rechtsordnung. Auch wenn eine rechtswidrige Anordnung noch so zweckmäßig ist, darf sie von der Verwaltung nicht getroffen oder muß nachträg-

1) Näheres hierzu S. 209 ff. der Arbeit.

2) so Schlochauer AöR 79, 192; van Husen DVBl 1953, 72.

3) vgl. Lerche DVBl 1954, 627; Ule VA S. 264 f..

4) siehe oben S. 67 Fußn. 1.

5) siehe oben S. 132.

6) vgl. die einzelnen Soldatengesetze.

lich vom Gericht aufgehoben werden. Letzteres hat eine Rechtsentscheidung zu fällen, d.h. nur die Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht zu überprüfen. Es ist meist gehindert, gegebenenfalls die aus besonderer Sachkenntnis resultierenden Zweckmäßigkeitserwägungen in seinem Urteil zu berücksichtigen. Einer gerechten Entscheidung ist daher mehr die Rechts- als die Sachnähe des Gerichts förderlich.

Als Ergebnis ist festzustellen, daß das heutige Verfassungsbild die grundsätzliche Freistellung des "bGes" vom Rechtsschutz nicht mehr duldet.

3. Partielle Geltung des Art. 19 Abs. 4 GG im "bG"

Nach heute gefestigter Auffassung gilt Art. 19 Abs. 4 GG grundsätzlich auch im "bG". Streitig ist nur, in welchem Umfang.¹⁾ Allerdings bezieht sich der Streit nur auf die Einräumung verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Einhellig wird dem Gewaltunterworfenen die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde zugestanden.²⁾ Insoweit besteht schon eine völlige Gleichstellung mit dem Bürger im "aG".

a) Übersicht über die vertretenen Ansichten:

aa) Aufgliederung des "bGes" in Grund- und Betriebsverhältnis:
Nach Ule³⁾ ist Art. 19 Abs. 4 GG mehrdeutig und daher teleologisch auszulegen. In den "bGen" müsse ihre Eigenart berück-

1) vgl. hierzu Jellinek DÖV 1950, 288, der Nebinger entgegenhält, daß dieser die Entwicklung, die der Begriff VA durchgemacht habe, nicht berücksichtige; denn sonst hätte er sich überzeugt, daß nach neuerem Recht auch innerhalb der "bGe" VAe möglich seien. Vgl. weiterhin Bachof DÖV 1953, 422; VA S. 285 ff.; AöR 78, 92 f.; Lerche DVBl 1954, 627; Holland DVBl 1968, 245 ff.; Kersten NJW 1949, 209; Wernicke, Bonn.Komm. Art. 19 S. 16/17; Hamann-Lenz S. 331; Jüsgen DÖV 1951, 475; Hufnagel S. 110 f.; Klein VVDStRL 8, 108; Krüger NJW 1953, 1369 ff.; Kalisch AöR 78, 353; Reuter DÖV 1954, 307; Lorenz S. 29 ff.; BVerwG DÖV 1955, 342; BayVGH DVBl 1950, 305 ff.; OVG Hamburg DVBl 1953, 410 ff.; OLG Bremen NJW 1956, 922; LVG Münster DVBl 1953, 27 f. SchlH OLG SchlAnz 1951, S. 91.

2) vgl. BVerfGE 15, 293 ff.; Paetzold, DVBl 1974, 454 m.w.N..

3) VVDStRL 15, 147 ff..

sichtigt werden. Sie bestehe in der Eingliederung des einzelnen in einen "Betrieb" mit einer Ordnung, der er sich zu fügen habe. Man müsse die Maßnahmen im Grundverhältnis, jene, die das "bG" begründen, verändern oder beenden, von denen im Betriebsverhältnis unterscheiden.¹⁾ Gegen Maßnahmen im Grundverhältnis sei stets der Verwaltungsrechtsweg offen. Im Betriebsverhältnis differenziert Ule zwischen offenen und geschlossenen Anstaltsverhältnissen,²⁾ wobei bei den letzteren auch der Rechtsschutz gegen Betriebsmaßnahmen gewährt wird. Die Rechtfertigung dieser unterschiedlichen Behandlung der Anstaltsverhältnisse ergebe sich daraus, daß im offenen Anstaltsverhältnis der Gewaltunterworfenen sich der rechtswidrigen Maßnahme ohne weiteres entziehen könne. Eine evtl. nachfolgende Disziplinarstrafe berühre allerdings das Grundverhältnis und unterliege deshalb verwaltungsgerichtlicher Überprüfung.³⁾

-
- 1) VVDStRL 15, 152; zust. Forsthoff, Lehrb. S. 204; Meyer DÖV 1954, 68; Reuter DÖV 1954, 307 für das Schulverhältnis; Fischbach DÖV 1951, 457 f. für das Beamtenverhältnis; Rehmert DÖV 1958, 441; SchlH OLG SchlAnz 1951, S. 91.
 - 2) Ähnlich auch Depenbrock, Diss. S. 183 f.. Bsp. für offene: Schulen, Krankenhäuser etc.; für geschlossene: Strafanstalten; geschlossene Krankenhäuser, die von der übrigen Mit- und Umwelt isoliert sind.
 - 3) Ausführlicher Depenbrock, Diss. S. 183 f.: In geschlossenen Anstalten habe der Gewaltunterworfenen keine rechtlich anerkannte Möglichkeit, sich jederzeit der unmittelbaren Auswirkungen der Anstaltsgewalt zu entziehen, wogegen in den offenen sich der Gewaltunterworfenen zumindest für eine gewisse Zeit den Auswirkungen der staatlichen Gewalt durch Verlassen der Anstalt auch dann entziehen könne, wenn rechtlich ein Benutzungszwang für den Anstaltsbesucher bestehe. In einem solchen Gewaltverhältnis möge es dabei ausreichen, wenn der Bürger sich nur gegen bestimmte Rechtsverletzungen im Klageweg verteidigen könne, gegen jene des Grundverhältnisses. Werde z.B. von einem Schüler die Erledigung so umfangreicher Hausaufgaben verlangt, daß für seine körperliche und geistige Ausspannung keine angemessene Freizeit mehr übrig bleibe, so sei diese Anordnung rechtswidrig und der Schüler brauche ihr nicht zu folgen. Erst wenn die Schulleitung wegen des Widerstandes des Schülers weitere Schritte unternehme, z.B. Entlassung oder zeitweiligen Ausschluß vom Unterricht und somit unmittelbar in die Rechtssphäre des Gewaltunterworfenen eingreife, sei eben das Grundverhältnis tangiert und folglich der Rechtsweg eröffnet.

Menger¹⁾ bejaht grundsätzlich die Lehre Ules; differenziert jedoch innerhalb des Betriebsverhältnisses anders. Soweit die Betriebsakte den Gewaltunterworfenen als "Objekt des Gewaltverhältnisses" trafen, sollten sie verwaltungsgerichtlich nachprüfbar sein;²⁾ soweit sie ihm dagegen zum "Mitträger des Betriebes" machten,³⁾ sollte eine gerichtliche Kontrolle ausgeschlossen sein. Es liege hier nur eine Maßnahme vor, die der "organisationsinternen" Willensbildung gleichzustellen sei.

Dame⁴⁾ hält gleichermaßen an der Unterscheidung zwischen Grund- und Betriebsverhältnis fest. Zum Grundverhältnis seien dabei die Akte innerhalb des "bGes" zugehörig, die die allgemeine Rechts- und Pflichtenstellung des Gewaltunterworfenen, seinen Status, betreffen. Insoweit hinderten logische dogmatische Schwierigkeiten nicht, den Begriff des VAes im herge-

Auch der Beamte könne sich den meisten rechtswidrigen Anordnungen seines Vorgesetzten durch Nichtbefolgen entziehen. Für ihn reiche es daher ebenfalls aus, erst bei unmittelbarer Beeinträchtigung seiner Rechtsstellung und damit seines Grundverhältnisses (z.B. Disziplinarverfahren) gerichtlichen Schutz zu beanspruchen. Vgl. auch Rautenberg-Voigt DÖV 1964, 262, wonach die Disziplinarmaßnahme jedenfalls einen VA darstelle und deshalb der Rechtsschutz schon gegen die Einzelanweisung nicht erforderlich sei.

In dem geschlossenen Anstaltsverhältnis des Strafvollzugs sei jedoch der Bürger so weitgehend der obrigkeitlichen Gewalt unterworfen, daß er sich durch Ungehorsam auch nicht eine gewisse Zeit lang unrechtmäßigen Anordnungen der Vollzugsbehörde entziehen könne. Schon allein der Gedanke, ein offenes Mißachten der Anweisungen könne als Meuterei aufgefaßt werden und unmittelbar zu einschneidenden Zwangsmaßnahmen führen, übe auf den Gefangenen einen solch starken psychischen Druck aus, daß er es meist nicht wagen werde, sich obrigkeitlichen Anordnungen offen zu widersetzen. Für die Strafgefangenen sei daher zur Wahrung ihrer Rechte uneingeschränkter Rechtsschutz geboten. Vgl. auch OVG Hamburg DVBl 1956, 658 ff.; Röhl JZ 1954, 68 f.; Reimer, Diss. S. 49 ff.; Kühn, Diss. S. 107 ff..

- 1) Grundrechte III 2 S. 744.
- 2) Bsp.: Disziplinarmaßnahmen in der Schule oder in der Strafanstalt.
- 3) gemeint sind hier insb. Weisungen an einen Beamten.
- 4) Diss. S. 92 f..

brachten Sinne ohne Änderung seines allgemeinen materiellen Gehalts zu übernehmen, da auch hier Rechte und Pflichten gestaltet würden.¹⁾

Die Begriffe Grund- und Betriebsverhältnis bestimmt Dame von zwei verschiedenen Ausgangspunkten her, dem Gegenstand und der Wirkung der Anordnung. Erfolgt die Anordnungen mit dem erklärten Ziel, den Rechtsbereich des Gewaltunterworfenen zu gestalten (z.B. Ernennung, Entlassung, Beförderung des Beamten, Versetzung in der Schule), so gehörten sie ohne weiteres zum Grundverhältnis. Ergingen die Anordnungen hingegen in der Absicht, nur den ordnungsgemäßen Ablauf des Dienst- oder Anstaltsbetriebes zu regeln, so gehörten sie in aller Regel zum "Betriebsverhältnis". Gleichwohl könnten sie ausnahmsweise im Einzelfall auch das Grundverhältnis betreffen, dann nämlich, wenn sie zugleich auf das Grundverhältnis einwirkten. Letzten Endes ist damit nicht das Ziel, sondern die Wirkung der Anordnung das eigentliche materielle Unterscheidungsmerkmal zwischen Grund- und Betriebsverhältnis. Wirkt die Anordnung potentiell auf die Rechte und Pflichten des Gewaltunterworfenen ein, so berührt sie das Grundverhältnis. Demnach fallen in der Regel alle wesentlichen Veränderungen des betreffenden Gewaltverhältnisses nach Dame in das Grundverhältnis.

bb) Rechtskreisverletzung als Maßstab:

Bachof²⁾ greift auch die Begriffe des Innen- und Außenverhältnisses zurück, wobei er als zusätzliches Kriterium den Rechtskreis des Betroffenen heranzieht. Die Akte des Außenverhältnisses seien stets anfechtbar, die Akte des Innenverhältnisses nur, wenn sie in den eigenen Rechtskreis des einzelnen eingriffen.

Auch das Bundesverwaltungsgericht³⁾ stellt bei der Anfecht-

1) vgl. auch Forsthoff, Lehrb. S. 205: Auch im "bG" ergingen Anordnungen mit unmittelbarer rechtlicher Wirkung, so daß das wesentliche Merkmal des VAes erfüllt sei.

2) VA S. 285 ff.; vgl. auch obige Darstellung S. 51 ff.; ähnlich für das Beamten- und Wehrverhältnis Winkler, Diss. S. 108 ff., 114 ff..

3) vgl. BVerwGE 1, 260 ff. (263 ff.); 14, 84 ff. (84); BVerwG

barkeit darauf ab, ob der Rechtskreis des Gewaltunterworfenen betroffen ist. Konstruktiv erfolge dies durch eine teleologische Ausweitung des VA-Begriffes. Nur so erhalte man einen angemessenen Rechtsschutz. Im Ergebnis führe es allerdings meist dazu, daß die Akte des Betriebsverhältnisses vom Rechtsschutz nicht erfaßt würden.¹⁾

Lerche²⁾ führt hinsichtlich des Wehrdienstverhältnisses aus: Stets dann, wenn der Betroffene behaupte, "in seinen (eigenen) Rechten" durch einen militärischen Hoheitsakt unmittelbar verletzt zu sein, gewinne der angegriffene Hoheitsakt den behaupteten Charakter eines Rechtsaktes. Es sei kein Fall denkbar, in dem eine unmittelbare Rechtsverletzung durch Hoheitsgewalt anders als durch einen Rechtsakt erfolgen könne. Bei jeder Verletzung seiner Rechte werde der Verletzte ja gerade nicht als Glied des Gesamtwillens, sondern als selbständiges Rechtssubjekt berührt. Insoweit (nicht weiter!) müsse aber die bloße Behauptung eines Rechtsaktes genügen. Lerche hält es daher für unzweckmäßig, für die Zulässigkeit der Klage zu verlangen, daß der Betroffene Tatsachen vorbringen müsse, die - ihr tatsächliches Vorliegen unterstellt - einen Rechtsakt (VA) enthielten. Vielmehr müßten Tatsachen behauptet werden, die im Verein mit der zugleich aufgestellten Rechtsverletzungsbehauptung einen Rechtsakt ausmachten, wenn sie tatsächlich vorlägen. Eine Klage wäre demnach auch dann zulässig, wenn wegen Nichtzutreffens der Rechtsverletzungsbehauptung in Wahrheit kein Rechtsakt vorläge. Ansonsten müßte man zuerst die Begründetheit der Klage prüfen, um zu einer

DÖV 1958, 121 ff.; NJW 1960, 63 ff.;
zust. BayVGH DVBl 1950, 305 ff.; OVG Hamburg DVBl 1964,
327 f.; 1953, 410 f.; VerwRspr. Bd. 10, 10 ff.; OVG Lüne-
burg DVBl 1958, 105 f.; OVG Münster DÖV 1959, 228 ff.;
Hess. VGH DVBl 1951, 145 f.; DÖV 1961, 796 f.; DVBl 1974,
469 f.; VG Freiburg DVBl 1966, 870 ff..

1) Eine Tendenzwende in Form der Zulässigkeit einer allgemeinen Leistungsklage zeichnet sich in DÖV 1964, 630 ff. (631) ab. Vgl. auch VG Freiburg DVBl 1966, 870 ff. (871) unter dem Eindruck des Aufsatzes von Kellner DÖV 1963, 419 ff..

2) DVBl 1954, 628.

Entscheidung über die Zulässigkeit zu kommen.

Nach Lerche erfolgt daher die notwendige Eingrenzung der gerichtlichen Kontrolle nicht bei der Frage des Vorliegens eines Rechtsaktes, sondern erst bei der Rechtsverletzungsbehauptung, da eben jede ordnungsgemäße Rechtsverletzungsbehauptung die Behauptung eines Rechtsaktes in sich schließe.

cc) Schutzwürdigkeit als maßgebliches Kriterium:

Thieme¹⁾ bejaht im "bG" einen anfechtbaren VA dann, wenn die Maßnahme des Grundverhältnis beeinträchtigt, d.h. das "bG" begründe oder die Begründung ablehne, es beende oder inhaltlich verändere. Als weiteres Kriterium dient ihm die Schutzwürdigkeit. Die subjektiven Rechte seien jedenfalls klagbar. Der Eingriffsakt in bloße Positionen und Chancen stelle nur dann einen VA dar, wenn diese unter Berücksichtigung von Zweck und Eigenart des "bGes" schutzwürdig erscheinen. Im übrigen seien die Akte klaglos.

Jellinek²⁾ will dem Beamten den Verwaltungsrechtsweg dann eröffnen, wenn eine Anordnung in Frage steht, "die er sich nicht gefallen zu lassen braucht". Folgerichtig kann der Gewaltunterworfenen auch gegenüber einfachen Dienstbefehlen Anfechtungsklage erheben, wenn von ihm "etwas Unzumutbares" verlangt wird, so z.B. der Befehl eines Oberregierungsrates, dem Behördenchef ein Glas Bier zu holen.

Krüger³⁾ stellt lediglich darauf ab, ob bei Erlass der Maßnahme im "bG" prima facie Unrecht geschehen sei. Gegebenenfalls unterlägen sie der Anfechtbarkeit und damit der gerichtlichen Kontrolle.

Baring⁴⁾ lehnt die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges dann ab, wenn "kein rechtliches Problem, sondern nur eine Bagatelle im Streit ist".⁵⁾ Dies gelte vor allem für die vielen

1) DÖV 1956, 528; ähnlich in NJW 1954, 1461 f..

2) DVBl 1952, 707.

3) NJW 1953, 1371; vgl. auch obige Darstellung S. 48 ff..

4) DVBl 1952, 395.

5) Als Bsp. bringt er die Abordnung zu Lehrgängen, die Weisung, zu bestimmter Zeit Erholungsurlaub zu nehmen, Dienstreise anzutreten etc..

Dienstbefehle, die daher keine anfechtungsfähigen VAe darstellten. Mit gutem Grund könne man sie der Anfechtung entziehen, da andernfalls der Behördenbetrieb rasch zum Erliegen käme.

b) Kritik:¹⁾

Wenn Baring im "bG" dem Gewaltunterworfenen den Rechtsschutz nur bei besonders schweren Rechtsverletzungen seiner Freiheitssphäre zubilligt, da dieser minder schweres Unrecht als Bagatelle zu dulden habe, widerspricht solches Ansinnen rechtsstaatlichen Grundsätzen. Der Rechtsstaat des Bonner Grundgesetzes, orientiert an Freiheit und Gerechtigkeit, verbietet der Staatsgewalt, dem Bürger auch noch so geringfügiges Unrecht zuzufügen. Geschieht es dennoch, muß der einzelne sich zur Wehr setzen können, käme es nicht einer Duldungspflicht und damit einer Legalisierung staatlichen Unrechts gleich.²⁾ Nicht zuletzt scheitert Barings Ansicht auch an dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Justiz (Art. 20 Abs. 3 GG). Ein Abstellen auf die Schwere des hoheitlichen Eingriffs würde dem Gericht in unzulässigem und unzumutbarem Maße eine generalklauselartige Ermessensfreiheit bei der Beurteilung einzelner Fälle einräumen.

1) Sie wendet sich lediglich gegen die einzelnen Konstruktionsmodalitäten. Zur eigentlichen Frage, ob die Verfassung gerechtsfreie Akte zuläßt, vgl. S. 209 ff..

2) Vgl. Widtmann ZBR 1960, 389: In einem Rechtsstaat sei Unrecht nie eine Bagatelle. Außerdem wäre die Grenze völlig willkürlich und erst vom Gericht letzter Instanz rechtskräftig zu ziehen. Unbefriedigend sei, dem Kläger ein solches Risiko aufzubürden, mit einer (evtl. begründeten) Klage wegen Bagatellunrecht als unzulässig abgewiesen zu werden, obwohl objektiv Unrecht vorliege. Widtmann räumt zwar ein, daß es berechnete Fälle des fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses geben könne, wie Rechtsmißbrauch, anderer einfacherer Rechtsweg, doch rechtfertige nichts, dem Kläger von vornherein gegen einen Akt der öffentlichen Gewalt den Rechtsweg a limine mit dem Argument des Bagatellunrechts zu versperren. Vgl. auch OVG Münster DÖV 1961, 429: Auch für die Anfechtungsklage gegen eine Postgebühr (0,40 DM) könne das Rechtsschutzbedürfnis nicht wegen Geringfügigkeit des streitigen Betrages verneint werden.

Krüger zieht in die Prüfung der Zulässigkeit der Klage ein materielles Kriterium hinein. Nur wenn im konkreten Falle "prima facie" Unrecht geschehen sei, handele es sich um einen (anfechtbaren) Rechtsakt. Im Rahmen der Zulässigkeit wird damit inzident über die Begründetheit der Klage entschieden. Die Folge, läßt prima facie Unrecht vor, ist die Klage meist begründet, wenn nicht, ist sie unzulässig.¹⁾

Eine Klageabweisung wegen Unbegründetheit wäre ein seltener Ausnahmefall, was jedoch dem Sinn der Zweiteilung des Prozesses in den Bereich der Zulässigkeit und den der Begründetheit (prozessual und materiell) zuwiderliefe. Indem Krüger die Rechtssatzeigenschaft von der Rechtswirksamkeit des Aktes abhängig macht, leugnet er, daß die rechtliche Natur eines Aktes von vornherein unabänderlich feststeht. Zudem beschränken sich nach seiner Ansicht die Rechtsbeziehungen zwischen Gewaltherrn und Gewaltunterworfenem auf die rechtswidrigen Akte. Da das "bG" vorwiegend die rechtmäßigen Verwaltungsakte gestalten, käme es einer verfassungswidrigen Rechtsfreiheit dieses Raumes²⁾ gleich.

Der von Ule begründeten und von anderen übernommenen Lehre vom Grund- und Betriebsverhältnis, läßt sich entgegenhalten, daß sie nicht ganz klar und nur schwer durchführbar ist.³⁾

Der Aufruf zum Ungehorsam und die Anfechtbarkeit der nachfolgenden Disziplinarstrafe ersetzt keinesfalls den unmittelbaren Rechtsschutz gegen die erlassene Maßnahme selbst. Vielmehr erscheint es menschenunwürdig, dem einzelnen zuzumuten, sich gegen die u.U. rechtmäßig handelnde Staatsgewalt aufzulehen mit der Folge disziplinarrechtlicher Sanktionen. Als vages Abgrenzungskriterium zwischen anfechtbarem und unanfechtbarem Akt der Verwaltung ist auch die Unzumutbarkeitslehre Jellineks abzuweisen. Der Entscheidungsspielraum des Gerichts wäre verfassungsrechtlich untragbar weit.

1) vgl. Obermayer VA S. 61; Bachof VVDStRL 15, 204; Schlegl, Diss. S. 103.

2) siehe hierzu oben S. 60 ff..

3) vgl. ausführlich Thieme JZ 1964, 82 f., der allen Akten eine gewisse "Betriebsbezogenheit" nicht absprechen möchte.

Bachof stellt auf die Betroffenheit im eigenen Rechtskreis ab, damit letztlich auf unbestimmte Begriffe wie Intensität des Eingriffs und Schutzwürdigkeit des Betroffenen, was zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen würde. Da er den gleichen Maßstab zur Feststellung der Rechtsnatur der generellen Normen im "bG" anwendet,¹⁾ finden sich ungereimte Ergebnisse. So müßte z.B. folgerichtig eine interne Anweisung im "bG", die durch nachhaltige Überschreitung der ihr zugrunde liegenden Verwaltungsvorschrift in die persönliche Rechtsstellung des Betroffenen eingreift, in einen (anfechtbaren) Rechtsakt umschlagen, obwohl die Verwaltungsvorschrift nach seinem Kriterium als nichtrechtliche Betriebsregelung eingestuft wird. Der Einzelakt leitet aber seine Wirksamkeit nur aus der ihn stützenden Befugnisnorm her. Aus Nicht-Recht kann jedoch keinesfalls Recht entspringen. Wenn Bachof konsequent wäre, müßte er in solchen Fällen entweder die Rechtsqualität der Einzelmaßnahmen und damit den Rechtsschutz verneinen oder mit dem Einzelakt gleichzeitig auch die Verwaltungsverordnung in eine Rechtsregelung "umschlagen" lassen. Ist schon angesichts der feststehenden Natur einer Regelung ein "Umschlagen" bei steigender Schutzbedürftigkeit in eine Rechtsvorschrift äußerst bedenklich, so zeigt sich ein unlösbarer Widerspruch hinsichtlich der Rechtsnatur, wenn aufgrund derselben Vorschrift einerseits (rechtswidrige) Rechtsakte, andererseits (rechtmäßige) Nicht-Rechtsakte erlassen werden.

Der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist Inkonsequenz vorzuwerfen. Es mißt Einzelakt und abstrakt-generelle Regelung im "bG" mit zweierlei Maß. So kommt es in einem Urteil zu dem befremdenden Ergebnis, daß zwar die Nichtversetzung eines Schülers ein (anfechtbarer) Rechtsakt sei, jedoch die ihn tragende Verwaltungsvorschrift keine Rechtsnorm darstelle.²⁾ Diese unterschiedliche Behandlung ist nicht gerechtfertigt. Es bleibt nur ein Entweder - Oder, entweder Zuordnung beider Regelungen, der Einzelfallregelung und der

1) vgl. oben S. 51 ff..

2) vgl. BVerwGE 1, 260 ff..

generellen Norm, zum Recht oder gemeinsame Ausklammerung vom Recht. Eine vertikale Trennung, wie sie das BVerwG vornimmt, ist schon rein konstruktiv undurchführbar.¹⁾

4. Vollständige Geltung des Art. 19 Abs. 4 GG im "bG"

Zum Teil wird in Rechtsprechung und Literatur bereits die Ansicht vertreten, daß grundsätzlich jede Maßnahme im "bG" der Anfechtbarkeit unterliege. Zumindest sei an den engen Voraussetzungen des überkommenen VA-Begriffes nicht mehr festzuhalten.

a) Rechtsschutzbedürfnis als Korrektiv:

So geht Obermayer²⁾ von der Annahme aus, jede Anordnung oder Maßnahme im "bG" sei ein VA. VA und innerdienstlicher Rechtsakt ließen sich in diesem Bereich nicht trennen, weil auch die unbedeutendste Anordnung eine Verpflichtung konkretisiere.³⁾ Dennoch gelangt Obermayer zu einer Einschränkung des Rechtsweges, indem er an das Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses erhöhte Anforderungen stellt.⁴⁾ Im Ergebnis solle

1) im Gegensatz zu einer horizontalen Aufgliederung des "bGes" in Rechts- und Nicht-Rechtsregelungen. Vgl. auch die Kritik abei Bachof VA S. 287.

2) VA S. 1 ff..

3) Dagegen ausdrücklich Dame, Diss. S. 91 f. im Sinne der alten Lehre vom "bG": Obermayer übersehe, daß Verpflichtung in dem Sinne nicht gleichzusetzen sei mit den Rechten und Pflichten des betreffenden "bGes". Rechte und Pflichten bildeten die Grundlage der rechtlichen Beziehungen, den Status des betreffenden "bGes". Ein so verstandenes "Recht" werde durch eine Bagatell-"Verpflichtung" gar nicht angesprochen, "korrespondiere" einfach nicht mit ihr.
Dame übersieht, daß auch Rechte und Pflichten die Grundlage des "aGes" bilden. Im übrigen vgl. die Kritik von Baring, oben S. 203.

4) aaO S. 170 ff.: Letztlich ergebe sich das Rechtsschutzbedürfnis in jedem Falle aus einer Abwägung der Interessen des Staatsbürgers mit denen der Verwaltung.
Lang, Diss. S. 22 ff. wendet sich gegen dieses besondere Rechtsschutzinteresse als Zulässigkeitsvoraussetzung für die Anfechtungsklage. Eine solche Ausdehnung des allgemeinen Rechtsschutzinteresses sei bisher immer zu Recht abgelehnt worden (vgl. S. 22 Fußn. 2 mit Literaturangaben).

aber die Behauptung des Klägers über die Intensität des Eingriffs darüber entscheiden, ob ein Rechtsschutzbedürfnis gegeben sei.¹⁾

Das OVG Rhld.-Pf.²⁾ zieht zur Bestimmung des Begriffes VA die "unmittelbar erzielte rechtliche Wirkung" heran.³⁾ Bei innerdienstlichen Weisungen liege diese Wirkung in der Realisierung der Befehlsgewalt des Vorgesetzten, die aufgrund der Gehorsamspflicht des Beamten für diesen Rechtsverbindlichkeit erzeuge. Jeder innerdienstliche Befehl erlege dem Adressaten jeweils eine neue Pflichtigkeit auf, dessen Rechtswirksamkeit sich in disziplinaren Maßnahmen gegebenenfalls sehr nachdrücklich äußere. Seien aber solche Anordnungen geeignet, durch Konkretisierung der dem Beamten obliegenden Gehorsamspflicht rechtliche Wirkung zu äußern, so könne ihnen die Qualität eines VAs schwerlich abgesprochen werden. Andernfalls stünde das sog. Innenverhältnis des "bGes" als gerichtsfreier Raum zu Art. 19 Abs. 4 GG in Widerspruch. Öffentliche Gewalt schließe auch die hoheitliche Gewalt der Exekutive im "bG" ein, die keine Sonderform der Staatsgewalt bilde.⁴⁾

Als Korrektiv verwendet das Gericht das Rechtsschutzbedürfnis. Wesen und Bedeutung des hoheitlichen Eingriffs müßten diesen als nicht unerheblich erscheinen lassen, um seine gerichtliche Nachprüfung zu rechtfertigen. Entscheidend sei der Einzelfall. In diesem Sinne z.B. habe der Beamte in Kauf zu nehmen, daß im Interesse der Notwendigkeiten des Verwaltungsbetriebs in seine Rechtssphäre eingegriffen werde. Insoweit

Er wendet sich auch gegen die "Interessenabwägungstheorie" Obermayers, die zu einer Ausschaltung sog. Bagatellsachen führe. Im Grunde sei es die alte Lehre vom Grund- und Betriebsverhältnis, nur die "Etiketten" VA und Rechtsschutzbedürfnis vertauscht.

Ähnlich Dürig M-D-H Art. 19 Abs. 4 Rdnr. 25: An das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers dürften keine anderen Anforderungen gestellt werden als im "aG". Wenn alle Akte rechtlich gleich qualifiziert werden, müsse man gegen jede Rechtsverletzung vorgehen können.

1) aaO S. 172.

2) DÖV 1960, 350 ff..

3) aaO S. 351.

4) aaO S. 351.

entfalle mit dem Eintritt in das Beamtenverhältnis weitgehend das Bedürfnis des Betroffenen nach Rechtsschutz gegenüber den Maßnahmen der öffentlichen Gewalt. Nicht unerheblich und folglich anfechtbar sei eine Maßnahme stets dann, wenn sie schikanös oder in sonstiger Weise unrechtmäßig die Freiheit der unterworfenen Person beeinträchtige.¹⁾

b) Eingrenzung des Rechtsschutzes über den Begriff "eigene Rechte in Art. 19 Abs. 4 GG:

Dürig²⁾ geht einen Schritt weiter als Obermayer und OVG Rhld.-Pf. und setzt zu Recht bei Art. 19 Abs. 4 GG an. Eine teleologische Auslegung führe zur Gewährung eines "lückenlosen, umfassenden Rechtsschutzes". Dies rechtfertige eine extensive Auslegung der Worte "öffentliche Gewalt". Darunter fielen jegliche "Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt schlechthin"³⁾, da Art. 19 Abs. 4 GG nicht an den hergebrachten VA-Begriff anknüpfen wolle.⁴⁾ Für das "bG" folgert Dürig hieraus, daß alle Maßnahmen, die den Gewaltunterworfenen in seinen Rechten verletzen, anfechtbar sein müßten. Dem Begriff des VAes unterfielen auch die verwaltungsin-
ternen Weisungen.

Dürig lehnt zwar eine Begrenzung des Rechtsschutzes im "bG" durch ein erhöhtes allgemeines Rechtsschutzbedürfnis ab⁵⁾, doch schränkt er ihn auch in zweierlei Weise in der Begründetheitsfrage ein. Zum einen räumt er im "bG" der Verwaltung einen weiten, nicht gerichtlich kontrollierbaren Ermessensbereich ein; zum anderen müsse sorgfältig die Verletzung eigener Rechte⁶⁾ geprüft werden. Damit schieden grundsätzlich alle Anordnungen aus, durch die z.B. ein Beamter beauftragt wer-

1) aaO S. 352.

2) M-D-H Art. 19 Abs. 4 Rdnr. 9 ff..

3) aaO Rdnr. 25.

4) Dagegen Lang, Diss. S. 25 ff., der nachweisen möchte, daß Art. 19 Abs. 4 GG an die überkommene VA-Definition anknüpft. Öffentliche Gewalt sowohl i.S. des Art. 19 Abs. 4 GG als auch des § 42 VwGO sei nichts anderes als ein VA.

5) vgl. oben S. 206 Fußn. 4.

6) Fassung des Art. 19 Abs. 4: "... in seinen Rechten"

de, einen objektiv rechtswidrigen VA zu erlassen. Sie seien zwar rechtswidrig, verletzen jedoch nicht die eigenen Rechte des Beamten.¹⁾

c) Uneingeschränkte Rechtsschutzgewährung im "bG":

Nur vereinzelt wird in der Literatur und in der Rechtsprechung bereits die Ansicht vertreten, daß gemäß Art. 19 Abs. 4 GG Rechtsschutz dem Gewaltunterworfenen im "bG" in gleichem Umfang zu gewähren sei wie dem Bürger im "aG", ohne Korrektur über allgemeines Rechtsschutzbedürfnis, weites Ermessen der Verwaltung, enger Interpretation des Begriffes "in seinen Rechten".

So bejaht Ehrig²⁾ generell die Verwaltungsakteigenschaft der Dienstbefehle und damit die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung. Er begründet es mit der Tatsache, daß der konkrete Befehl die Verpflichtung des Beamten zu einem bestimmten Verhalten schaffe. Nur uneingeschränkter Rechtsschutz könne dem Beamten den notwendigen Schutz gegen rechtswidrige Dienstbefehle gewähren.

LVG Münster³⁾ urteilt, auch innerhalb "bGe" erlassene Akte seien anfechtbare Verwaltungsakte, ohne zwischen Grund- und Betriebsverhältnis zu differenzieren. Die Begründung hierfür finde sich in Art. 19 Abs. 4 GG, seinem Zweck, den gesamten Tätigkeitsbereich der öffentlichen Verwaltung der gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen. Nur auf diese Weise könne der einzelne im "bG" vor unrechtmäßigen Eingriffen in seinem Rechtskreis geschützt werden.

d) Stellungnahme und eigene Lösung:

aa) Verfassungsrechtliche Notwendigkeit uneingeschränkter Rechtsschutzes im "bG":

α) Art. 19 Abs. 4 GG garantiert dem Bürger den Rechtsweg ge-

1) Freilich könne der VA von außenstehenden Personen angefochten werden, wenn diese in eigenen Rechten verletzt seien. Vgl. aaO RdNr. 26.

2) Komm., zu § 138, 4.

3) DVBl 1953, 27 f..

gen jede Maßnahme der öffentlichen Gewalt, die ihn in seinen Rechten verletzt.¹⁾ Die undifferenzierte Verwendung des Begriffes "öffentliche Gewalt" bringt uns keinen Schritt näher einer Lösung der Rechtsschutzfrage im "bG". Zwar könnte man daraus schließen, daß Art. 19 Abs. 4 GG eben ausnahmslos die gesamte öffentliche Gewalt erfassen möchte, ausgeübt im "aG" und im "bG". Dem widerspricht jedoch, daß nach nahezu einhelliger Meinung Legislative²⁾ und Judikative³⁾, obwohl Träger öffentlicher Gewalt, von diesem Rechtsschutzgebot ausgeklammert sind. Übereinstimmend unterfällt jedoch dem Begriff grundsätzlich die hoheitlich ausgeübte Tätigkeit der Exekutive.⁴⁾ Nach oben angeführter Meinung⁵⁾ sollte lediglich ein Teilbereich des "bGes", das Betriebsverhältnis, ausgenommen sein. Der Wortlaut des Art. 19 Abs. 4 GG dürfte solcher Interpretation zumindest nicht entgegenstehen, bedenkt man die geläufige Herausnahme der Legislative und Exekutive aus seinem Anwendungsbereich, trotz kategorischer Fassung.

ß) Auch aus dem geschichtlichen Hintergrund und den Protokollen des Verfassungskonvent lassen sich keine Schlüsse auf eine bestimmte Auslegung des Art. 19 Abs. 4 GG hinsichtlich des "bGes" ziehen. Nach der Ansicht eines Teils der Literatur knüpft Art. 19 Abs. 4 GG an den überkommenen Begriff des VAes an. Er wolle die bei Inkrafttreten des Grundgesetzes herrschende Meinung, Akte der sog. Dienst- oder Anstaltsge-
walt seien keine VAe und deshalb nicht justiziabel, nicht ändern. Die Bestätigung finde sich in § 42 VwGO, in dem, Art. 19 Abs. 4 GG präzisierend, nicht von "öffentlicher Gewalt", sondern von "Verwaltungsakt" die Rede sei. Auch der Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes von 1965 gehe von der herkömmlichen Definition des VAes aus. § 27 EVerwVerfG normiere: "Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung

1) siehe hierzu auch oben S. 6/7.

2) vgl. die Angaben oben S. 7 Fußn. 3.

3) vgl. die Angaben oben S. 7 Fußn. 4.

4) vgl. Dürig M-D-H Art. 19 Abs. 4 RdNr. 19 m.w.N..

5) siehe S. 197 ff. der Arbeit.

oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist."¹⁾ Nach anderer Ansicht sollte mit der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie eine einmalige Neuerung geschaffen und damit gleichzeitig einer Entwicklung, die sich über 100 Jahre erstreckte, ein Ende gesetzt werden.²⁾ Im Grundsatzausschuß des Parlamentarischen Rates führte Thoma aus³⁾: Die Prinzipien des Rechtsstaates fordern formal-rechtlich, daß sich jedermann gegen wirkliche oder vermeintliche Eingriffe in seine Rechts- und Freiheits-sphäre durch Anrufung eines unabhängigen Verwaltungsgerichts zur Wehr setzen kann." Die Parole lautete: effektiver, umfassender Rechtsschutz.⁴⁾ Mit ihr vertrüge sich nicht die Aufgliederung in "aG" und "bG", Außen- und Innenverhältnis, Grund- und Betriebsverhältnis. Hätte der Verfassungsgeber solches gewollt, er hätte es ausdrücklich normiert. Andererseits könnte ihm die damalige überwiegende Meinung so im Bewußtsein verhaftet gewesen sein, daß er eine dahingehende Klarstellung für entbehrlich hielt.⁵⁾

γ) Sinn und Zweck des Art. 19 Abs. 4 GG sprechen für eine unbeschränkte Einbeziehung des "bGes" in den Rechtsschutz. Diese Vorschrift will für jedermann einen umfassenden Rechtsschutz gewähren. Gegen jede Rechtsverletzung, gleichgültig in welchem Bereich, ob geringfügig oder nicht, ob mehr oder weniger schutzwürdige Positionen betroffen, soll der Rechtsweg eröffnet sein. Nur so gewährleistet Art. 19 Abs. 4 GG die

1) so die Argumentation von Lang, Diss. S. 26 f..

2) vgl. hierzu das Ergebnis der Staatsrechtslehrtagung zur verwaltungsgerichtlichen Generalklausel, in VVDStRL 2, 121.

3) in Leibholz-v.Mangoldt JÖR NF Bd. 1 S. 184.

4) vgl. Ausdrücke wie "Königin unter den Vorschriften des Grundgesetzes", so Wernicke, Bonn.Komm. Art. 19 S. 9; "eine verfassungsrechtliche Grundsatzentscheidung allerersten Ranges", so Brüggemann S. 125.

5) Nach Ule VVDStRL 15, 147 ff., Lerche DVBl 1954, 627 soll der Gesetzgeber die Problematik des "bGes" überhaupt nicht gesehen haben. Vgl. auch oben S. 193.

rechtsstaatliche Forderung nach möglichst lückenlosem gerichtlichen Schutz gegen die Verletzung der Rechtssphäre des einzelnen durch Eingriffe staatlicher Gewalt.¹⁾ Die Begründetheit der Klage richtet sich dann danach, ob der Kläger tatsächlich in eigenen Rechten verletzt ist. Art. 19 Abs. 4 GG verhindert, daß eine Klage von vornherein mit dem Hinweis auf das Betriebsverhältnis a limini als unzulässig abgewiesen wird.

δ) Die Richtigkeit solcher Interpretation bestärkt das in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG niedergelegte Gewaltenteilungsprinzip. Es ermöglicht eine Eigenkontrolle staatlicher Tätigkeit zum Schutz der Freiheit des Bürgers. Im Interesse des einzelnen und der Gemeinschaft ist die in der Funktionsteilung liegende Kontrolle staatlicher Gewalt verfassungsrechtlich abgesichert. Im Sinne einer Gewaltenteilung soll in wechselseitiger Abhängigkeit jeweils die eine Gewalt die andere in ihrer Machtausübung beschränken.²⁾ Dadurch wird staatlichem Machtmißbrauch vorgebeugt. Schließt man nun Teile der "bGe" vom staatlichen Rechtsschutz aus, so gewinnt die Exekutive in unerträglichem Maße eine Machtfülle, die das Balance-System des Grundgesetzes in Frage stellt. Die "bGe" erfassen weite Lebensbereiche vieler Menschen. Hierin könnte die Verwaltung innerhalb gewisser Grenzen Maßnahmen erlassen, gesetzesgemäße - gesetzeswidrige, rechtmäßige - rechtswidrige, ganz nach ihrem Belieben, ohne sie vor der Judikative verantworten zu müssen.

ε) Die verfassungsrechtliche Garantie unbegrenzter Rechtsverfolgung folgt unmittelbar auch aus dem Wesen des Rechtsstaates. Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet "justizförmigen Rechtsschutz des einzelnen"³⁾ und ergänzt auf diese Weise die ma-

1) für eine extensive Auslegung auch Dürig M-D-H Art. 19 Abs. 4 Rdnr. 10; siehe auch oben S. 208.

2) vgl. Maunz-Dürig M-D-H Art. 20 Rdnr. 78; BVerfGE 3, 225 ff. (247); 4, 331 ff. (346 f.); 8, 272 ff. (274); 9, 268 ff. (279).

3) so Maunz StR S. 74.

teriell-rechtlichen Bestimmungen des Grundrechtsteils durch Statuierung eines formellen Grundrechts.¹⁾ Berechtigungspositionen, voran die Grundrechte, gewinnen erst dann vollen realen Sinn, wenn sie in justizförmiger Weise - notfalls mit legalem Zwang - behauptet und durchgesetzt werden können. Was nützen Rechte, wenn ihnen ihre Realisierbarkeit versagt bleibt. Auch im "bG" stehen die Grundrechte dem Gewaltunterworfenen uneingeschränkt zu, ist er selbständiges Rechtssubjekt, Träger von Rechten und Pflichten.²⁾ Wenn z.B. argumentiert wird, ein Dienstbefehl an den Beamten sei nur auf einen tatsächlichen Erfolg im Dienstbetrieb gerichtet, treffe den Beamten nur in seiner Gliedstellung, mit der Folge, daß es an einem rechtlich bedeutsamen Akt fehle, widerspricht diesem schon die evtl. an ein Zuwiderhandeln des Beamten anknüpfenden dienststrafrechtliche Folge. Wenn man den einzelnen vor Fehlentscheidungen des Staates, vor Mißbrauch hoheitlicher Stellung dadurch schützt, daß man ihm im "bG" gleichermaßen wie im "aG" die Grundrechte gewährt, darf diese verfassungsrechtliche Entscheidung nicht durch beschränkten unzulänglichen Gerichtsschutz durchlöchert werden. Nicht zuletzt ist ein umfassender, lückenloser Rechtsschutz Ausdruck der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG), dessen Verwirklichung dem Gesetzgeber die Verfassung nach Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG gebietet. Gemäß Art. 20 Abs. 3 GG ist die Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung, sind Exekutive und Rechtsprechung an Gesetz und Recht gebunden. Auch das "bG" vermag die Staatsgewalt nicht teilweise von diesem Grundsatz freistellen. Uneingeschränkt gilt das Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes.³⁾ Wirksam kommt es allerdings nur dann zum Tragen, wenn seine Einhaltung vom Gericht in jeder Hinsicht überprüft werden kann, d.h. erstreckt man den Vorbehaltsgrundsatz, wie verfassungsrechtlich geboten, auf den gesamten Bereich der "bGe"

1) vgl. Dürig M-D-H Art. 19 Abs. 4 Rdnr. 2: "formelles Hauptgrundrecht".

2) Zur Grundrechtsgeltung siehe 3. Kap., S. 125 ff..

3) Siehe 2. Kap., S. 40 ff..

und will man seine Realisierung nicht hindern, erweist sich eine vollständige gerichtliche Kontrolle als unumgänglich.

p) Wenn teilweise auf die in Art. 20 Abs. 1 GG verankerte Sozialstaatlichkeit verwiesen wird, die die Rechtsstaatlichkeit dahingehend einschränke, daß sie im daseinsgestaltenden Versorgungsstaat zu weitgehenden Gerichtsschutz eindämme,¹⁾ so trifft das Argument nicht auf das "bG" zu, als klassischem Bereich staatlicher Eingriffsverwaltung, der bis heute großteils unverändert fortbesteht. Zudem dürfte diese Meinung die notwendige und verfassungsrechtlich gebotene Ergänzung gerade der Sozialstaatlichkeit durch rechtsstaatliche Grundsätze verkennen.²⁾ Ausgerichtet an den Prinzipien sozialer Gerechtigkeit³⁾, erbringt der Sozialstaat vielfältige, meist lebensnotwendige Leistungen gegenüber dem Bürger und bewirkt auf diese Weise dessen verstärkte Abhängigkeit vom Staat. Dem Staat erwächst dadurch eine ungeheure Machtfülle in Form einer umfassenden Einflußnahme auf die Gestaltung des Lebensbereichs des Bürgers, was zugleich die Gefahr staatlichen Machtmißbrauchs in sich birgt. Die Folge, gerade im Sozialstaat mit seiner engen Verflechtung von einzelnen und Staat ist der Bürger in besonderem Maße schutzwürdig. Keinesfalls läßt sich damit, also mit dem Argument der Sozialstaatlichkeit, der rechtsstaatlich notwendige gerichtliche Schutz dem Bürger entziehen. Wer denn prüft, wenn nicht das Gericht, ob der Staat sich tatsächlich an der sozialen Gerechtigkeit orientiert, ob er soziale Gegensätze abbaut und für einen sozialen Ausgleich sorgt. Freilich die Grenze staatlichen Rechtsschutzes bildet stets die Funktions-

1) vgl. Forsthoff VVDStRL 12, 18 f..

2) siehe auch oben S. 64/65 und S. 80/81 zum Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes.

3) Unter sozialer Gerechtigkeit versteht man gewöhnlich jenes Verteilungsprinzip, daß jeder Schicht oder Gruppe in der Bevölkerung die ihr zukommenden Rechte einräumt, insb. die wirtschaftliche und kulturelle Lebensfähigkeit auf einem angemessenen Niveau. Vgl. Schmidt-Bleibtreu-Klein Art. 20 Rdnr. 20, der diese Definition als Standardformel bezeichnet. Vgl. auch oben S. 64.

fähigkeit der Gerichte und der Verwaltung, in der Leistungsverwaltung ebenso wie in der Eingriffsverwaltung.¹⁾

Im Ergebnis fordert somit die verfassungsgemäße Auslegung des Art. 19 Abs. 4 GG, orientiert an Rechts- und Sozialstaatlichkeit, die uneingeschränkte Einbeziehung der "bGe" in den Rechtsschutz. In jeder Lage und jederzeit muß dem Bürger der Gerichtsweg, d.h. eine verfahrensrechtliche Möglichkeit, Streitsachen einem unabhängigen Gericht zur Entscheidung vorzulegen, sei es einem ordentlichen oder einem Verwaltungsgericht, offenstehen. Keine Klage kann von vornherein mit dem Argument als unzulässig abgewiesen werden, die angefochtene Maßnahme falle in ein "bG", berühre nur das Betriebsverhältnis, sei minder schweres Unrecht etc..

bb) Rechtswegersatz:

Keinen Ersatz für eine gerichtliche Kontrolle bietet das Petitionsrecht des Art. 17 GG. Es gewährt allgemein jedem Staatsbürger die Möglichkeit, in gewissem Umfang bei staatlichen Stellen Schutz vor unberechtigten Eingriffen der obrigkeitlichen Gewalt zu suchen. Jeder hat danach das Recht, sich einzelnen oder in Gemeinschaft mit anderen schriftlich mit Bitten oder Beschwerde an die zuständige Stelle oder an die Volksvertretung zu wenden. Der Bereich der "bGe" wird hiervon nicht ausgenommen.²⁾ Das Petitionsrecht beinhaltet weder ein Rechtsmittel noch einen Rechtsbehelf, kraft dessen allein die angerufene Stelle befugt wird, die Rechtmäßigkeit der gerügten Maßnahme zu überprüfen. Lediglich eine bereits zuständige Stelle oder die Volksvertretung soll angeregt werden, in irgendeiner Weise tätig zu werden. Ein Anspruch auf Entgegennahme und sachliche Prüfung der Petitionseingabe besteht zwar aber eine rechtswirksame allgemeinverbindliche Entscheidung über Recht oder Unrecht im konkreten Falle kann nur ein unabhängiges Gericht fällen. Aus diesem Grunde auch stellt Art. 17 GG keinen "Rechtsweg" i.S. des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG dar und begründet daher nach Satz 2 keine andere Zu-

1) vgl. hierzu S. 220 ff. der Arbeit.

2) vgl. ausführlich Dürig M-D-H Art. 17 Rdnr. 30 ff.; Schmidt-Bleibtreu-Klein Art. 17 Rdnr. 9.

ständigkeit.¹⁾

Dem legitimen Rechtsschutzbedürfnis des Gewaltunterworfenen genügen auch die in den "bGen" gewährten Rechtsbehelfe nicht. Wenn dies dennoch hinsichtlich des Disziplinarverfahrens und des innerdienstlichen Remonstrations- oder Beschwerdeverfahrens von einigen Autoren bejaht wird,²⁾ so ist dem zu entgegenen, daß diese Schutzmaßnahmen keinen gleichwertigen Ersatz für den Rechtsschutz durch unabhängige Gerichte, wie es Art. 19 Abs. 4 GG bezweckt,³⁾ darstellen. Eine wirksame Kontrolle zur Verhinderung von Mißbrauch und Willkür staatlicher Macht kann im gewaltenteilenden Staat nur durch ein selbständiges, unabhängiges Kontrollorgan erfolgen,⁴⁾ dem Gericht. Dagegen läuft im Rahmen eines innerdienstlichen Remonstrationsverfahrens⁵⁾ der

1) vgl. Schmidt-Bleibtreu-Klein Art. 17 Rdnr. 4; Dürig M-D-H Art. 17 Rdnr. 18.

2) Vgl. Ule VVDStRL 15, 156 f.; Thieme, Öffentl. Dienst S. 79; Oeltze, Diss. S. 158; Frotscher DÖV 1971, 263; so aber auch BVerwGE 14, 84 ff., das das Rechtsschutzbedürfnis des Beamten an einer Klage gegen eine interne Weisung mit der Begründung verneint, ihm stünden mit dem Remonstrationsrecht und dem Disziplinarrechtsweg "angemessene und ausreichende" Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung. Dagegen Selmer DÖV 1968, 343 mit der richtigen Erkenntnis, daß sich mit dieser pauschalen Argumentation nur bei beamtenrechtlichen (dienstlichen) Weisungen, nicht aber bei anderen (personellen) Maßnahmen im Beamtenverhältnis arbeiten läßt, geschweige denn auf die anderen "bGe" übertragen läßt.

Wacke AöR 76, 412 weist daraufhin, daß es nicht ratsam sei, die Gerichte in die Fragen des Beamtenverhältnisses jederzeit ziehen zu können. Vielmehr müsse ein etwaiger Streit im eigenen Hause zu erledigen sein. Nach Röhl JZ 1954, 69 genüge grundsätzlich für den Strafgefangenen ein Beschwerderechtsweg. Er modifiziert dies allerdings insoweit, als er die Zuweisung der streitigen Sache zur Entscheidung an einen Strafrichter fordert, der durch Beschluß ohne mündliche Verhandlung entscheiden können müsse. Das sei schneller und weniger mühsam als das dreistufige Verwaltungsgerichtsverfahren mit obligatorischer mündlicher Verhandlung.

3) Zu Recht spricht Lerche DVBl 1954, 627 unter Hinweis auf Bachof DÖV 1951, 479 Fuñ. 8 von einer "verbotenen Hintertürlösung".

4) vgl. BVerfGE 8, 174 ff. (181); 10, 264 ff. (267).

5) vgl. § 38 Abs. 2, 3 BRBG.

Beschwerdeführer Gefahr einer subjektiven, voreingenommenen Prüfung seiner Befugnisse durch die vorgesetzte Behörde, zumal diese, behaftet mit dem Denkschema eines effektiven, reibungslosen Ablaufs des Verwaltungsbetriebes, eine gerichtliche Kontrolle nicht mehr zu fürchten braucht. Gleichzeitig setzt sich der Beamte dem Risiko einer Bestrafung im Disziplinarrechtsweg wegen bloßen Ungehorsams aus, wogegen er im gerichtlichen Streitverfahren allenfalls mit einer Klageabweisung rechnen muß.¹⁾ Macht sich der Beamte eines Dienstvergehens schuldig, die als Folge, neben der Geldbuße als disziplinarrechtliche Maßnahme, auch die Versetzung an eine andere Stelle nach sich zieht, so vermag er aufgrund des Enumerationsprinzips des § 5 BDO nur gegen die Geldbuße disziplinarrechtlich vorgehen. Der Rechtsweg gegen die Versetzung als interne Betriebsmaßnahme wäre versperrt, eröffnet man dem Beamten nicht den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz. Solche Unzulänglichkeit des Disziplinarrechtsweges in seiner Beschränkung auf disziplinarrechtliche Maßnahmen bestärkt noch die Tatsache, daß er den Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG nicht genügt.

cc) Funktionsfähigkeit der Verwaltung und Gerichte:

d) Lösungsweg:

Vorweg die Klärung der Frage der Gerichtszuständigkeit.

§ 40 VwGO präzisiert das Verfassungsgebot des Art. 19 Abs. 4 GG und normiert, daß i.S. des Satz 2 eine andere Zuständigkeit der Verwaltungsrechtsweg sein soll. Als verwaltungsgerichtliche Generalklausel umfaßt diese Vorschrift alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art, soweit sie nicht einem anderen Gericht durch Gesetz ausdrücklich zugewiesen sind. Die Beziehungen zwischen Staat und Gewaltunterworfenem im "bG" sind unstreitig öffentlich-rechtlicher Natur.²⁾ Den Zugang des "bGes" zu uneingeschränktem Rechtsschutz versperrt lediglich Art. 42 Abs. 1 VwGO, indem er an die Zulässigkeit einer Anfechtungsklage bzw. einer

1) vgl. auch Kellner DÖV 1963, 422.

2) siehe oben S. 86/87.

Verpflichtungsklage das Vorliegen eines VAes knüpft. Innerdienstliche Anordnungen in einem "bG", die das Betriebs-, nicht das Grundverhältnis des Betroffenen berühren, unterfallen nach bisher fast allgemein vertretener Ansicht nicht dem Begriff.¹⁾

Um dem durch Art. 19 Abs. 4 GG gebotenen umfassenden Rechtsschutz gerecht zu werden, bieten sich zwei Lösungen an.

Zum einen dehnt man Anfechtungs- und Verpflichtungsklage auf den gesamten Bereich der "bGe" aus. Dies erfolgt durch eine weite Interpretation der herkömmlichen VA-Definition als Maßnahme, die hoheitlich verbindlich mit Außenwirkung einen Einzelfall regelt. Allen Anordnungen des Gewalthabers, mit denen die Gehorsampflicht des Gewaltunterworfenen korrespondiert, die notfalls mit Zwang durchgesetzt werden können, kommt Außenwirkung zu. Sie beschränken die Entscheidungs- und Handlungsfreiheit der unterworfenen Person und tangieren damit deren persönliche Rechtsstellung.²⁾ Gleichmaßen wie im "aG" besitzen dann bloße Anregungen, unverbindliche Ratschläge und Meinungsäußerungen keine VA-Qualität und unterliegen folglich nicht rechtlicher Kontrolle.

Zum anderen beläßt man es bei dem herkömmlichen Verständnis des VA-Begriffes und schließt die Akte des Betriebsverhältnisses weiterhin aus, da sich mit der Anerkennung der allgemeinen Leistungsklage gemäß §§ 43 Abs. 2, 111, 113 Abs. 3, 169 Abs. 2, 170, 191 Abs. 1 VwGO und § 1004 BGB analog³⁾

1) siehe oben S. 197 ff..

2) Dieses Kriterium der Verbindlichkeit zieht vor allem Lang, Diss. S. 36 ff. für das Schulverhältnis heran. Die Folge, Akte des Betriebsverhältnisses, wie z.B. nachzusitzen, Papier aufzuheben, nicht abzuschreiben etc., sind aufgrund des "muß" anfechtbare VAe.

3) Begründet wird dies damit, daß die VwGO kein Aktionensystem kenne und die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage nur besonders geregelte Verfahren innerhalb der allgemeinen Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte gemäß § 40 VwGO über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zu entscheiden.

Vgl. Lang, Diss. S. 10 m.w.N.; Evers, Gewaltverh. S. 16/17; Schäfer DVBl 1960, 838; Kellner DÖV 1963, 420; Selmer DÖV 1969, 345; Frotscher DÖV 1971, 262; Holland DÖV 1965, 416; Hegel DÖV 1965, 413; BVerwG DÖV 1964, 630 ff. (631); DÖV 1968, 428 f.; AG Freiburg DVBl 1966, 870 ff..

auch gegen Nicht-VAe grundsätzlich gerichtlich vorgehen läßt. Streitgegenstand dieser Klageart ist "schlichtes Verwaltungshandeln", worunter alle rechtlich wirksamen Anordnungen im "bG" fallen, gleichgültig, ob im Grund- oder Betriebsverhältnis, wenn sie nicht schon als VAe eingestuft sind.¹⁾ Hinsichtlich des Verfahrens unterscheidet sich die allgemeine Leistungsklage von der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage nur durch die Fristlosigkeit und das fehlende Vorverfahren.

Autoren, die sich zwar zu einem der vorgeschlagenen Lösungswege bekennen, nehmen speziell für den Bereich der "bGe" eine Korrektur über Rechtsschutzbedürfnis, Klagebefugnis oder weites Ermessen der Verwaltung vor.²⁾ § 42 Abs. 2 VwGO, der analog auf die allgemeine Leistungsklage angewandt wird, verlangt eine mögliche Rechtsverletzung, d.h. eine Beeinträchtigung in der Rechtsstellung oder in rechtlich geschützten Interessen. Auch Art. 19 Abs. 4 GG schützt nur in dem Umfang als eigene Rechte betroffen sind. Insoweit unterscheidet sich das "aG" nicht vom "bG". Maßnahmen im Betriebsverhältnis, so wird nun argumentiert, erfüllten diese Voraussetzung meistens nicht, wie z.B. die Weisung an einen Beamten, eine Akte anzulegen.³⁾

Zu Unrecht grenzt dieser Teil der Literatur im nachhinein den Rechtsschutz im "bG" wieder ein. Offener und ehrlicher wäre es gewesen, die Klage einfach mit dem Hinweis auf das "bG" oder das Betriebsverhältnis abzuweisen, als eine solche, im Ergebnis gleiche Hintertürlösung zu verfechten. Letzten Endes müssen alle Maßnahmen, die eine mögliche Verletzung der Individualrechtssphäre in sich tragen, die Zulässigkeit der Klage rechtfertigen. Ob tatsächlich eine Verletzung erfolgt

1) vgl. die Angaben oben S. 218 in Fußn. 3; vor allem Kellner DÖV 1963, 420; Selmer DÖV 1968, 345.

2) vgl. Frotscher DÖV 1971, 262; Obermayer VA S. 170 ff.; Siegmund-Schultze DVBl 1962, 510; Dürig Art. 19 Abs. 4 Rdnr. 26; Rautenberg-Voigt DÖV 1964, 262; Dagegen Kellner DÖV 1963, 421, wonach § 42 Abs. 2 VwGO im "bG" nur in den seltensten Fällen dazu dienen könne, die Klage wegen Unzulässigkeit abzuweisen.

3) vgl. Frotscher DÖV 1971, 262.

ist, ist eine Frage der Begründetheit. Im "bG" richten sich die internen Weisungen stets an die betroffenen Personen. Diese sind Adressat. Aufgrund ihrer Gehorsampflicht befolgen sie die Befehle, wodurch rechtmäßig oder rechtswidrig die freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit beschränkt wird. Zumindest Art. 2 Abs. 1 GG wäre verletzt, griffen nicht spezielle Grundrechte ein, wenn das Weisungsrecht zu Unrecht ausgeübt wird, sei es, daß die Weisungsbefugnis überschritten, sei es, daß die unterworfenen Person zu rechtswidrigem Handeln oder Unterlassen gezwungen wird. Gemäß § 42 Abs. 2 VwGO ist der Kläger dann klagebefugt, wenn er substantiiert ("schlüssig") geltend machen kann, daß die betreffende Anordnung ihn in seinen Rechten verletzt. Als Adressat vermag er diesen Schlüssigkeitsbeweis unschwer zu führen.¹⁾ Die Rechtswidrigkeit der Anordnung unterstellt, ist er aufgrund der Gehorsampflicht in seinen Grundrechten verletzt. Liegen auch die anderen formellen Voraussetzungen, wie Parteifähigkeit, Prozeßfähigkeit etc. vor, ist die Klage zulässig. Die Prüfung eines generellen Rechtsschutzbedürfnisses erübrigt sich, da die Klagebefugnis schon ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis ausdrückt.²⁾

Der Verwaltung ein weites, im Rahmen der Begründetheitsfrage gerichtlich nicht überprüfbares Ermessen einzuräumen, könnte nur dann gestattet sein, wenn ansonsten die Funktionstüchtigkeit der Verwaltung oder der Gerichte als wesentlicher Bestandteil eines intakten Staates gefährdet wäre. Wenn nicht, bestehen keinerlei Gründe, das "bG" abweichend vom "aG" zu behandeln.

g) Überlastung der Gerichte:

In der Tat wird zum Teil argumentiert, eine uneingeschränkte Überprüfung aller Maßnahmen im "bG" führe zu einer Überlastung der Gerichte. Ein ordnungsgemäßer Rechtsschutz sei damit nicht mehr gewährleistet. Ein Zuviel an rechtsstaatlichem

1) Die Klagebefugnis ist eigentlich nur dann problematisch, wenn jemand klagt, an den die Maßnahme nicht adressiert ist (Drittklage!).

2) vgl. Hoffmann VerwArch 53, 297 ff.; Menger VerwArch 55, 185 ff.; OVG Münster DVBl 1964, 41 ff. (42).

Schutz verkehre sich gerade ins Gegenteil.¹⁾

Dem läßt sich entgegenhalten, daß eine Überlastung der Gerichte erst zu beweisen wäre. Die bisherige Erfahrung spricht eher dagegen. Obwohl sich seit Erlass des Grundgesetzes, gerade aus dem Gedanken des Art. 19 Abs. 4 GG heraus, der Rechtsschutz im "bG" erheblich erweiterte, führte er zu keiner ernstzunehmender Beeinträchtigung gerichtlicher Entscheidungseffektivität. Nicht selten läßt sich eine Klage leichter wegen Unbegründetheit als wegen Unzulässigkeit abweisen, erfordert die vorgeschriebene Begründung des Urteils weniger Zeitaufwand, geringere juristische Fähigkeiten und Kenntnisse.²⁾ Im "aG" gleichermaßen wie im "bG" darf das Gericht den der Verwaltung eingeräumten Ermessens- und Beurteilungsspielraum nur beschränkt nachprüfen.³⁾ In vielen Fällen dürfte gerade deshalb die Klage als unbegründet abzuweisen sein. Nicht zuletzt mag dies auch dazu beitragen, daß auch renitente Gewaltunterworfenen allmählich zur Einsicht gelangen, daß ihnen ihre Streitsüchtigkeit letztlich nichts als Ärger und Verdruß einbringt, da ihre Klage zwar nicht als unzulässig, jedoch als unbegründet abgewiesen wird. Auf die Dauer dürfte also die Gefahr einer untragbaren Klageflut nicht bestehen. Allerdings eine voraussichtlich eintretende Mehrbelastung, nicht Überlastung der Gerichte, bei unbegrenzter Rechtsschutzgewährung im "bG" müßte aufgrund des zwingenden Rechtsschutzgebotes des Art. 19 Abs. 4 GG in Kauf genommen werden.⁴⁾ Für ihre Bewältigung hat der Staat

1) Vgl. Ipsen VVDStRL 15, 201. Ähnlich Rautenberg-Voigt DÖV 1964, 262 mit dem Argument, daß durch die Erstreckung verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes in den internen Bereich der "bGe" der "Formtypik des Rechtsstaates" zuwiderliefe und so die Gefahr übertriebener Gerichtskontrolle hervorgerufen werde.

2) vgl. Dürig JZ 1961, 66; Lang, Diss. S. 39; Martens ZBR 1970, 199.

3) Diese Problematik im "aG" und "bG" gemeinsam bezieht sich nicht auf den Umfang, sondern auf die Intensität des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Vgl. hierzu Bauer S. 118 ff.; Czermak JuS 1968, 399 ff. und die Angaben S. 121 Fußn. 4.

4) Eine noch tragbare Arbeitsüberlastung darf nicht zu einer Rechtsschutzverkürzung führen. Vgl. auch Ule VVDStRL 15,

durch organisatorische und personelle Maßnahmen Sorge zu tragen, notfalls dadurch, daß er mehr Gerichte und mehr Planstellen für Richter und Justizpersonal zuläßt.

γ) Beeinträchtigung der Verwaltung: 、

Eingewandt wird auch, daß uneingeschränkter Rechtsschutz im "bG" eine Lähmung der Verwaltung bewirke und sie auf diese Weise funktionsuntüchtig mache.¹⁾ Widerspenstige Gefangene, unfolgsame Soldaten, uneinsichtige Schüler und Eltern, renitente Beamte könnten durch ständige Widersprüche die Effektivität dieser "bGe" untergraben.²⁾ Deshalb müsse der Staat verhindern, daß nicht jeder Gewaltunterworfenen wegen jeder noch so unerheblichen Frage vor Gericht gehen könne. Zudem störe eine gerichtliche Überprüfung aller Maßnahmen das in einem funktionierenden "bG" notwendige Vertrauensverhältnis zwischen Gewalthaber und Gewaltunterworfenem.³⁾

Zu Unrecht hält Hamann⁴⁾ dem entgegen, es dürfe nicht auf die Funktionsfähigkeit der Verwaltung abgestellt werden, da das Grundgesetz dieses Risiko der Funktionsuntüchtigkeit bewußt auf sich genommen habe. Das Grundgesetz setzt ein intaktes Staatswesen voraus, dessen Gewalt erst seine Normen schützt und durchsetzt. Hierfür unentbehrlich sind funktionierende "bGe" als wesentlicher Bestandteil eines Zusammenlebens in der Gemeinschaft.⁵⁾ Hinzunehmen sind aber im Inte-

220; Lang, Diss. S. 39, die den Einwand der Arbeitsüberlastung als verständlich aber nicht als legitim bezeichnen. Ähnlich Nafpliotis, Diss. S. 48: Da nicht die rechtliche Seite berührt werde, sei dieser Einwand belanglos.

- 1) Vgl. Baring DVBl 1952, 389 ff: Der Behördenbetrieb käme rasch zum Erliegen. Ule, Gerichtl. Rechtsschutz S. 27: Das hierarchische Gefüge der Behördenorganisation würde von Grund auf zerstört. Juncker ZBR 1967, 67: Ein Stillstand der Verwaltung wäre die Folge. Thiele DöD 1963, 103: Der reibungslose Ablauf des Dienstbetriebes wäre in Frage gestellt. Ähnlich BVerwGE 14, 84 ff. (87); OVG Münster NJW 1954, 1015 f..
- 2) Vgl. Ule, Gerichtl. Rechtsschutz S. 28; Obermayer VA S. 166; Fischbach DÖV 1951, 455; vgl. auch Lang, Diss. S. 39.
- 3) vgl. Wacke AöR 76, 412; Ule VVDStRL 15, Leitsatz 14.
- 4) Komm. S. 201.
- 5) siehe auch oben S. 185.

resse einer möglichst umfassenden Verwirklichung unserer freiheitlich-demokratischen Grundordnung Verzögerungen und sonstige unerhebliche Beeinträchtigungen der Verwaltung. Wenn auch solche zu erwarten sind, ist doch die Befürchtung einer völligen Lähmung und Funktionsunfähigkeit der Verwaltung unbegründet.¹⁾ Ebenso wie bei der Überlastung der Gerichte läßt sich zum einen auf die Tatsache verweisen, daß trotz Rechtsschutzerweiterung bis jetzt noch keine Arbeitsunfähigkeit der Verwaltung eingetreten ist, zum anderen auf die allmähliche Erkenntnis der Gewaltunterworfenen, daß andauernde haltlose Klagen ihnen nichts einbringen. Zumindest bietet sich für das "bG" eine vertretbare verwaltungsrechtliche Lösung an.²⁾ Der Gesetzgeber kann für Fälle einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des Verwaltungsablaufs - meist bei Maßnahmen im Betriebsverhältnis - aus überragenden Gründen des öffentlichen Interesses den Suspensiveffekt nach § 80 Abs. 1 VwGO, die Rechtsmittelbelehrungspflicht nach § 58 Abs. 1 VwGO und die Einjahresfrist des § 58 Abs. 2 VwGO ausschließen. Verfassungsrechtliche Prinzipien, so z.B. das umfassende Rechtsschutzgebot des Art. 19 Abs. 4 GG, dürfen nicht durch bloße Untätigkeit des einfachen Gesetzgebers aus den Angeln gehoben und ihrer Wirkung beraubt werden. Bis zum Erlass eines solchen Gesetzes ließe sich der Suspensiveffekt in analoger Anwendung des § 3 Abs. 1 WBO oder des § 80 Abs. 2 Nr. 2 VwGO in allen "bGen", soweit notwendig, ausschalten.³⁾ In Fällen fehlender Rechtsmittelbelehrung könnte man das Widerspruchsrecht des Betroffenen mit Ablauf eines Monats als verwirkt erklären.⁴⁾ Bei bereits

1) Vgl. Fuß DÖV 1972, 773, der für den Bereich der Schule und Universität anführt, es gebe keine empirisch belegbare Anzeichen einer ernsthaften Tangierung ihrer Leistungsfähigkeit.

2) vgl. Kellner DÖV 1963, 426; Widtmann ZBR 1960, 387; Lang, Diss. S. 40 f.; BVerfG NJW 1974, 1079 f..

3) vgl. Lang aaO; Widtmann aaO; Kellner aaO.

4) Widtmann ZBR 1960, 388 zieht hier das Institut der Verwirkung heran. Ein Beamter, der eine Weisung widerspruchslos angenommen habe, solle nicht mehr das Recht haben,

vollzogenem VA¹⁾ gewährt das Gesetz in § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO die Möglichkeit einer nachträglichen Feststellungsklage.²⁾

Ergebnis:

Die Ausführungen im 4. Kap. zeigen auf, daß das Gebot des umfassenden Rechtsschutzes in Art. 19 Abs. 4 GG grundsätzlich auch für das "bG" gilt. Die Lehre vom gerichtsschutzfreien Raum des "bGes" widerspricht der verfassungsgerechten Interpretation des Art. 19 Abs. 4 GG. Nach ihrem Sinn und Zweck, abgestellt auf die Prinzipien der Rechts- und Sozialstaatlichkeit, verlangt diese Vorschrift auch uneingeschränkten Rechtsschutz für den Gewaltunterworfenen im "bG". In dieser Hinsicht darf kein Unterschied zum "aG" bestehen. Für differenzierende Lösungen, wie Unterscheidung zwischen Grund- und Betriebsverhältnis etc., ist deswegen ebenfalls kein Platz mehr. Unzumutbare Überlastung der Gerichte und schwere Beeinträchtigung der Verwaltung sind nicht zu befürchten oder zumindest ohne weiteres zu vermeiden.

Gesamtergebnis:

1. Kritik an der Terminologie "bG".

Schon lange währt der Streit um die terminologische Unrichtigkeit des Begriffes "bG". Längst ist bekannt, daß nicht Gewalt, sondern Recht den Bereich des "bGes" beherrscht. Wenn dennoch gezögert wird, diesen Begriff aus dem juristi-

später Rechtsmittel einzulegen.

Zu Recht entgegnet Lang, Diss. S. 41 Fußn. 1, daß eine Verwirkung zumindest noch nicht innerhalb der 1 Monatsfrist eintreten könne. Wenn man ihm das Widerspruchsrecht grundsätzlich zubilligt, muß ihm auch eine gewisse zumutbare Überlegungsfrist über dessen Gebrauch eingeräumt werden.

- 1) so bei einem Realakt, bei dem VA und Vollzug identisch sind (z.B. Ohrfeige in der Schule).
- 2) als Ersatz für Widerspruch und Anfechtungsklage; vgl. Lang, Diss. S. 41 f..

schen Wortschatz zu verbannen, so nur deswegen, weil es müßig erscheint, dasselbe in ein moderneres, zeitgemäßes Gewand zu kleiden. Die Änderung des Ausdrucks allein bewirkt noch lange nicht auch die Änderung seines sachlichen Inhalts. Unter anderem Namen ließe sich weiterhin das Vorbehaltssprinzip negieren, die Grundrechtsgeltung beschränken und der Rechtsschutz ausschließen.

2. Mangelnde sachliche Berechtigung des Instituts "bG".

Primär lautete daher die Frage: Beinhaltet der Begriff des "bGes" noch jene sachliche Bedeutung, die seit jeher mit ihm verknüpft wird? Die Arbeit versuchte, hierauf eine Antwort zu geben. Gegenstand der Untersuchung bildeten das Beamten-, Schul-, Strafvollzugs- und Wehrdienstverhältnis, die vier klassischen "bGe".

a) Im 1. Kap. befaßte sie sich mit dem Begriff des "bGes" als abstrakte Bezeichnung für eine Vielzahl verschiedener Lebensverhältnisse, darunter in erster Linie der oben genannten vier. Existierten gemeinsame Merkmale dieser Verhältnisse, die das "bG" als übergeordnetes Rechtsinstitut charakterisierten und es deutlich vom "aG" abhoben? Mit Hilfe einer auf diese Weise gewonnenen Definition des "bGes" ließe sich anhand der Struktur eines jeden Verhältnisses feststellen, ob es diesem Begriff unterfiele.

Zahlreiche, bei dem Gebrauch des Begriffes "bG" oft angesprochene Merkmale wurden untersucht, so formelle Gruppe, Sekundärgruppe, Zwecksetzung, Personenkreis, Zwang - Freiwilligkeit, Kontakt nach außen, Charakteristik der sozialen Beziehungen. Die Untersuchung zeigte, entweder waren die Merkmale bei den einzelnen vier "bGen" so unterschiedlich ausgestaltet, daß sie auf keinen gemeinsamen Nenner gebracht werden konnten, so bei den fünf zuletzt genannten Merkmalen, oder sie waren allen vier "bGen" gemeinsam, dann mangelte es am Unterschied zum "aG", so bei den beiden zuerst genannten Merkmalen.

Als Ergebnis des 1. Kap. folgte demnach, daß sich der Begriff des "bGes" nicht abstrakt definieren läßt. Notgedrungen kann in struktureller Hinsicht nur von den einzelnen

"bGen", dem Beamten-, dem Schulverhältnis etc., gesprochen werden.

Die nachfolgenden Kapiteln 2 - 4 behandelten die Frage, ob dem Begriff des "bGes" insoweit noch eine Berechtigung verbleibt, als sich hierunter, aufgrund gemeinsamer verfassungsrechtlicher Sonderbehandlung gegenüber dem "aG", strukturell unterschiedliche Lebensverhältnisse zusammenfassen lassen. Herkömmlich sah man sie in der Beschränkung der verfassungsrechtlichen Prinzipien des Vorbehalts des Gesetzes, der Grundrechtsgeltung und der Rechtsschutzgarantie.

b) Demgemäß setzte sich die Arbeit im 2. Kap. mit dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes auseinander. Die Negierung dieses Grundsatzes im "bG" läßt sich zwar historisch erklären, mit dem damaligen historisch-konventionellen Rechtsbegriff, dem das Innenverhältnis des Staates, einschließlich dem Bereich der "bGes", nicht unterfiel. Spätestens mit Inkrafttreten des Grundgesetzes ist diese Auffassung unhaltbar geworden. Die Ausführungen im 2. Abschnitt zeigen auf, daß die im Grundgesetz verankerten Prinzipien der Rechts- und Sozialstaatlichkeit und des Demokratiegebotes eine rechtliche Strukturierung der "bGe" verlangen. Rechtsfreie Räume widersprechen demnach der Verfassung. Eine Aussage allerdings über die Kompetenz zum Erlass der erforderlichen Rechtsnormen, ob durch Verwaltungsvorschriften oder Rechtsverordnungen, also ob durch Exekutive oder Legislative, ist damit noch nicht getroffen. Die Antwort hierauf richtet sich danach, ob das Grundgesetz der Exekutive im "bG" eine originäre Rechtsetzungsbefugnis zubilligt. Mit dieser Frage befaßte sich die Arbeit im 3. Abschnitt. Das Ergebnis, demokratische und rechtsstaatliche Erwägungen verbieten eine originäre Rechtsetzungsbefugnis der Exekutive im "bG". Erforderlich ist jedenfalls eine Ermächtigungsgrundlage. Dabei genügen jedoch, wie im 4. Abschnitt ausgeführt, die in der Literatur und Rechtsprechung oft zitierten Ermächtigungsgrundlagen, wie Hausgut der Verwaltung, Hausrecht, Analogie zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen im bürgerlichen Recht, Anstaltspolizeigewalt, Gewohnheitsrecht, Zweck des

"bGes", Natur der Sache, Verfassungsrechtliche Institutionalisierung, Einwilligung, nicht den Anforderungen des Grundgesetzes. Verfassungsrechtlich geboten ist vielmehr ein formelles Gesetz, ausgestaltet gemäß den Bedingungen des Art. 80 GG. Es besteht keine Notwendigkeit, aus Gründen der Funktionstüchtigkeit der "bGe" eine der vorhergehend genannten Ermächtigungsgrundlagen heranzuziehen. Allerdings ist im Interesse des Bestandsschutzes des Staates für eine Übergangszeit von den strengen Voraussetzungen eines formellen Gesetzes gemäß Art. 80 GG abzusehen und dem Gesetzgeber eine Frist einzuräumen, die es ihm ermöglicht, den verfassungsrechtlichen Notwendigkeiten nachzukommen. Abgesehen von der Übergangslösung besteht somit zwischen "bG" und "aG" hinsichtlich der Geltung des Vorbehaltsprinzips kein Unterschied.

c) Im 3. Kap. wurde die Grundrechtsgeltung im "bG" untersucht. Verfassungsrechtliche Gründe, vor allem der Sinn und Zweck der Grundrechte, der in Art. 1 Abs. 1 GG niedergelegte Grundsatz der Unantastbarkeit der Menschenwürde, der Gedanke von der Einheit der Staatsgewalt, die Interpretation des Art. 17a GG, die allgemeinen Prinzipien der Rechts- und Sozialstaatlichkeit, fordern nicht nur den grundsätzlichen Zugang der Grundrechte zu den "bGen", sondern sie verlangen darüber hinaus eine völlige Gleichstellung des "bGes" mit dem "aG" auf Grundrechtsebene. Es gilt dasselbe formelle und materielle Einschränkungssystem. Eine davon abweichende Einschränkung der Grundrechte im "bG" kann nicht mit Gewohnheitsrecht, dem Zweck des "bGes", der Natur der Sache, der Konstruktion von Klein mit der Einstufung der "bGe" als immanente Schranken der Grundrechte, mit verfassungsrechtlicher Institutionalisierung, Grundrechtsverzicht und mit Treueverhältnis begründet werden. Zwar wird nicht bestritten, daß Eingriffe in die Freiheitssphäre im "bG" in der Regel stärker sind als im "aG", doch dies beruht auf der Entscheidungsfreiheit des einfachen Gesetzgebers innerhalb des ihm von der Verfassung gesteckten Rahmens. Nichts Gegenteiliges folgt auch aus der Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Gerichte und der Verwaltung. Abgesehen wiederum

von einer Übergangslösung, die dem Gesetzgeber die Möglichkeit einräumt, das "bG" den veränderten Verhältnissen anzupassen, besteht auf Grundrechtsebene zwischen "bG" und "aG" kein Unterschied mehr.

d) Im 4. Kap. befaßte sich die Arbeit mit der Geltung des Art. 19 Abs. 4 GG im "bG", dem Gebot umfassenden Rechtsschutzes. Die verfassungsgerechte Interpretation des Art. 19 Abs. 4 GG, vor allem sein Zweck, ausgerichtet nach den Prinzipien der Rechts- und Sozialstaatlichkeit, der Grundrechtsgeltung und des Vorbehalts des Gesetzes, zwingt nicht nur zur grundsätzlichen Einbeziehung der "bGe" in den Schutzbereich dieser Vorschrift, sondern verlangt im "bG" dieselbe uneingeschränkte Anwendung des Rechtsschutzgebotes wie im "aG". Für differenzierende Lösungen, wie Unterscheidung zwischen Grund- und Betriebsverhältnis, Abstellen auf die Schwere des Eingriffs etc., verbleibt kein Raum mehr. Auch erfordert die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Gerichte und der Verwaltung keine vom "aG" abweichende Behandlung des "bGes". Unzumutbare Überlastung der Gerichte und schwere Beeinträchtigung der Verwaltung drohen nicht oder sind zumindest ohne weiteres zu vermeiden. Konstruktionsmöglichkeiten eines Klageweges im Rahmen der VwGO bieten sich an über die Ausweitung des herkömmlichen VA-Begriffes oder über die allgemeine Leistungsklage. Hinsichtlich des Rechtsschutzes unterscheidet sich damit das "bG" nicht mehr vom "aG".

Faßt man Kap. 1 - 4 zusammen, so zeigt sich, daß sich das Rechtsinstitut des "bGes" in seinem sachlichen Gehalt vom "aG" nicht abhebt. Es besitzt weder eine einheitliche, eigenständige Struktur noch erfährt es eine besondere rechtliche Behandlung.

3. Abschaffung der Begriffe "bG" und "aG".

Mangels eigenständigen sachlichen Inhalts verbleibt dem Begriff des "bGes" im Ergebnis keine Aussagekraft mehr, die sich in das geltende Verfassungssystem einordnen ließe. Im Interesse der Rechtsklarheit erweist sich seine Abschaffung

als unumgänglich. Fällt er, zieht der sein Peandant mit, den Begriff des "aGes". Nur in gegenseitiger Beziehung hatten beide Begriffe Bedeutung. Möglichst schnell sollte man sie vergessen, aus dem Gedächtnis streichen, womit jahrelang juristischer Unfug getrieben wurde. In diesem Sinne ist die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu begrüßen, trotz ihrer unzureichenden Ausführungen - ein gebotener Schritt in Richtung verfassungsgemäßer Wirklichkeit, dem bald andere folgen sollten.

Lebenslauf

Name: Leonhard Riegel

Geburtsdatum: 19. 8. 1948

Geburtsort: Wortelstetten, Ldkr. Dillingen/D.

Eltern: Leonhard Riegel und Klothilde,
geb. Gaul

Staatsangehörigkeit: deutsch

Bekenntnis: röm.-kath.

Schulbildung: 1954 - 1961 Volksschule in Wortel-
stetten
1961 - 1964 Realschule in Wertingen
mit Abschluß Mittlere Reife
1964 - 1965 Übergangsklasse für
Realschüler am Peutinger Gymnasium
in Augsburg
1965 - 1968 Holbeingymnasium in
Augsburg mit Abschluß Abitur

Studium: WS 1968/69 - WS 1972/73 Jurastudium
an der Universität München
15. Jan. 1973 erste juristische
Staatsprüfung

Diensttätigkeit: 1. 3. 1973 - 31. 12. 1973 Rechtsre-
ferendar am Amtsgericht Dillingen
1. 1. 1974 - 31. 12. 1974 Beurlau-
bung zur Anfertigung der Disser-
tation
seit 1. 1. 1975 Rechtsreferendar
bei der Regierung von Schwaben in
Augsburg

